Der Berufungsantrag im Zivilprozess

unter besonderer Berücksichtigung
des Kantons Zürich

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RENZO SCHÜEPP
von Eschlikon TG und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. H. U. Walder

Verlag Rüegger CH-8253 Diessenhofen 1979

Der Berufungsantrag im Zivilprozess

unter besonderer Berücksichtigung
des Kantons Zürich

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
RENZO SCHÜEPP
von Eschlikon TG und Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. H. U. Walder

Verlag Rüegger CH-8253 Diessenhofen 1979

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Dezember 1978

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

© Verlag Rüegger CH-8253 Diessenhofen 1979
ISBN 3 7253 0095 X

Meinen Eltern und Iris

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Einführung		1
1. Teil:	Voraussetzungen und Wirkungen der kantonalrechtlichen Berufung	2
§ 1	Objektive Voraussetzungen	2
I.	Der berufungsfähige Entscheid	2
1.	Sachurteile	2
2.	Endurteile	3
3.	Zwischenurteile	4
a)	Vorurteil	4
b)	Teilurteil	5
II.	Streitwertgrenze bei Vermögensprozessen	8
§ 2	Subjektive Voraussetzungen	11
I.	Legitimation	11
1.	Die parteimässige Teilnahme am Verfahren	11
2.	Nebenparteien	12
II.	Die Beschwer	14
1.	Allgemeines	14
2.	Formelle Beschwer	16
3.	Materielle Beschwer	17
4.	Besonderheiten	18
a)	Säumnisurteile	18
b)	Verrechnungseinrede	19
c)	Vollstreckungswirkung	21

	5.	Die Beschwer in den familienrechtlichen Verfahren, insbesondere im Scheidungsprozess	22
	a)	Die Zulassung der Berufung im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe	22
	b)	Wechsel des Scheidungsgrundes als beachtliche Beschwer	24
	c)	Zulassung der Berufung des Beklagten zur Erhebung einer Widerklage	27
	d)	Beschwer bei Weiterziehung eines Scheidungsurteils lediglich in Bezug auf die Nebenfolgen	27
III.		Nichtvorliegen eines Berufungsverzichts	30
	1.	Zeitpunkt der Verzichtserklärung	30
	a)	Erklärung des Verzichts nach eröffnetem Urteil	30
	b)	Erklärung des Verzichts vor Eröffnung des Urteils	31
	2.	Wirkungen der Verzichtserklärung	34
§ 3		Formelle Voraussetzungen	36
I.		Die Berufungsfrist	36
	1.	Fristenlauf	36
	2.	Einlegungsort	37
II.		Die Berufungserklärung	38
	1.	Form	39
	2.	Inhalt	40
	3.	In der Regel soll die Berufungserklärung auch bereits die Anträge für das Berufungsverfahren enthalten	42

§ 4		Die Suspensivwirkung	46
I.		Grundsatz	46
II.		Umfang der Suspensivwirkung	48
	1.	Allgemeines	48
	2.	Umfang der Suspensivwirkung nach Stellung der Berufungsanträge	49
	3.	Suspensivwirkung der Berufung von Streitgenossen	51
III.		Besonderheiten im Scheidungsprozess	52
	1.	Anfechtung hinsichtlich des Hauptpunktes	52
	2.	Anfechtung lediglich in Bezug auf die Nebenfolgen	52
§ 5		Die Devolutivwirkung	58
I.		Grundsatz	58
II.		Dauer des Devolutiveffekts	59
III.		Umfang und Natur des Devolutiveffekts	61
2. Teil		Der Berufungsantrag und seine Begründung	65
§ 6		Die Parteidisposition	65
I.		Die Dispositionsmaxime	65
II.		Der Grundsatz der Bindung des Richters an die Parteianträge	66
	1.	Allgemeines	66
	2.	Ausnahmen	67
	3.	Besonderheiten in familienrechtlichen Verfahren	69

III.		Die Parteidisposition im Berufungsverfahren	71
IV.		Die Parteidisposition im Scheidungsverfahren	73
	1.	Hauptpunkt (Scheidungsgrund)	73
	2.	Nebenfolgen	76
§ 7		Anforderungen an den Berufungsantrag	77
I.		Einleitung	77
II.		Allgemeine Anforderungen	77
	1.	Grundsatz der Klarheit und Eindeutigkeit	77
	2.	Die Geltendmachung der Beschwer	79
	3.	Prozessantrag oder Sachantrag	81
III.		Unklare Berufungsanträge und richterliche Fragepflicht	83
IV.		Fehlen von Berufungsanträgen	86
V.		Der Berufungsantrag des Säumnisbeklagten	87
§ 8		Die Begründung des Berufungsantrages	89
I.		Recht und Pflicht zur Berufungsbegründung	89
	A.	Begründung gestützt auf bisheriges Vorbringen	89
	1.	Grundsatz	89
	2.	Ueberprüfungsbefugnis der kantonalen Berufungsinstanz	91
	3.	Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts	92
	B.	Begründung gestützt auf neues Vorbringen	93

II.		Die Ausgestaltung des Novenrechts	93
A.		Die Objekte des Novenrechts	93
	1.	Neue tatsächliche Behauptungen	93
	a)	Neue tatsächliche Bestreitungen	94
	b)	Neue Einreden	94
	c)	Neue Einwendungen	95
	2.	Neue Beweismittel	96
	3.	Neue Rechtsanschauungen der Parteien	97
B.		Formelle Schranken des Novenrechts	98
	1.	Begehren, die erst im Laufe des Verfahrens veranlasst worden sind (§ 115 Ziff. 1 ZPO)	99
	2.	Geltendmachung von Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt, oder die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO)	100
	3.	Behauptungen und Bestreitungen nach gerichtlichen Anordnungen gemäss § 55 ZPO (§ 115 Ziff. 5 ZPO)	101
C.		Inhaltliche, materielle Schranken	101
	1.	Individualisierte Rechtsbegehren	102
	2.	Nichtindividualisierte Rechtsbegehren	103
D.		Indirekte Schranken	106
	1.	Ausserordentliche Kostentragung	106
	2.	Ausfällung einer Ordnungsbusse	107
§ 9		Die Stellung des Berufungsbeklagten	109
I.		Grundsätzliches	109

II.		Die Anschlussberufung	111
A.		Allgemeine Voraussetzungen	111
B.		Besondere Voraussetzungen	112
	1.	Legitimation	112
	2.	Die Beschwer	114
	3.	Anschlussberufung nach Verzicht oder Rückzug der eigenen Berufung	115
C.		Formelle Voraussetzungen	116
	1.	Frist	116
	2.	Form	117
	a)	nach kantonalem Recht	117
	b)	nach Bundesrecht	118
D.		Materieller Inhalt der Anschlussberufung	119
	1.	Keine Abhängigkeit der Abänderungsanträge von den Berufungsanträgen	119
	2.	Novenrecht	121
E.		Wirkungen der Anschlussberufung	121
§ 10		Besonderheiten des Scheidungsprozesses im Berufungsverfahren	123
A.		Grundsätzliches zum Antrag und seiner Begründung im Scheidungsprozess	123
B.		Das Novenrecht im Scheidungsverfahren	126
I.		Grundsatz	126
II.		Klageänderung	127
	1.	Aenderung des Rechtsbegehrens	127
	2.	Aenderung des Klagegrundes	129
	3.	Aenderung der Stellungnahme des Beklagten	129
III.		Die Widerklage	131
	1.	Abhängigkeit von der Beschwer, wenn der Berufungskläger die Widerklage erhebt	132
	a)	bei Abweisung der erstinstanzlichen Hauptklage	132
	b)	bei Gutheissung der erstinstanzlichen Hauptklage	133
	2.	Keine Abhängigkeit von der Beschwer, wenn der Berufungsbeklagte die Widerklage erhebt	135

Literaturverzeichnis

- Birchmeier W.: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950
- Bischofberger W.: Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und zürcherischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1973
- Blomeyer A.: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Berlin 1963
- Bottani M.: Verhandlungs- und Offizialmaxime im Tessiner Zivilprozess, Diss. Zürich 1974
- Brauchli J.: Die Behandlung des Beweisantrages im Zivilprozess, Diss. Zürich 1960
- Bruns R.: Zivilprozess, Berlin 1968
- Bühler W.: Das Ehescheidungsverfahren, ZSR NF Bd. 74 (1955) S. 301 a.

  Berner Kommentar Art. 137 - 144 ZGB, 1971
- Fehr H.: Das Novenrecht, Diss. Zürich 1949
- Gautschi H.: Verrechnungseinrede und Widerklage im schweizerischen Prozessrecht, Diss. Bern 1946
- Gilles P.: Rechtsmittel im Zivilprozess, Frankfurt am Main 1972
- Giovanoli S.: Probleme der Berufung ans Bundesgericht, ZbJV Bd. 90 1954 S. 49
- Grüebler A.: Die Ausgestaltung des Scheidungsprozesses im Berufungsverfahren der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1948
- Guldener M.: Schweiz. Zivilprozessrecht 3. Aufl. 1979

  Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR NF 80 II S. 1 ff.
- Habscheid W.: Droit judiciaire privé suisse, Genf 1975

  Der Rechtsmittelverzicht im Zivilprozess, NJW Frankfurt am Main 1965 S. 2369 ff.

- Haegi E.: Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und deutschen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1974
- Hasler E.: Die Rückweisung im Zivilprozess nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1971
- Hery K.: Die Berufung im zürcherischen Strafprozess, Diss. Zürich 1975
- Hess L.: Die Klageänderung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1957
- Hinderling H.: Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. Aufl. Basel 1967, Supplement 1973
- Huber A.: Die Klageanerkennung nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1954
- Koenig M.: Die Widerklage im Eheprozess, Diss. Zürich 1977
- Kummer M.: Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweiz. Recht, Bern 1954

  Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl. Bern 1978
- Lauber W.: Von der Anschlussberufung, SJZ 20 (1923/24) S. 205 ff.
- Leuch G.: Die Zivilprozessordnung des Kantons Bern, 3. Aufl. 1956
- Loosli P.: Die unbezifferte Forderungsklage, Diss. Zürich 1978
- Lutz O.: Das Zivilrechtspflegegesetz für den Kanton St. Gallen 2. Aufl. 1967
- Meier I.: Iura novit curia, Diss. Zürich 1975
- Menzel R.: Der Verzicht auf Rechtsmittel des Zivilprozesses, Diss. Zürich 1951
- Müller M.: Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess, Diss. Freiburg 1954
- Nikisch A.: Zivilprozessrecht 1. Aufl. Tübingen 1950

- Ricci H.P.: Reformatio in peius und Anschliessung an das Rechtsmittel im Zivilprozess, Diss. Zürich 1955

- Rosenberg/Schwab: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 12. Aufl. München 1977

- Sachs P.: Die Voraussetzungen für die Berufung an das Bundesgericht nach Art. 48 - 50 OG, Diss. Bern 1951

- Schaufelberger G.: Die Berufung im Zivilprozess des Kantons Waadt, Diss. Zürich 1958

- Schuller S.: Die Berechnung des Streitwertes, Diss. Zürich 1974

- Schwander V.: "Iura novit curia" und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruches, Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968

- Steiner E.: Die Appellation nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Diss. Bern 1906

- Sträuli/Hauser: Kommentar zu den Gesetzen über die zürcherische Rechtspflege (GVG und ZPO) 2. Aufl. Zürich 1935 und 1939

- Sträuli/Messmer: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976

- Sträuli T.: Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1966

- Walder H.U.: Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966

Die Offizialmaxime, Anwendungsbereich und Grenzen im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1973.

Der neue Zürcher Zivilprozess, Handbuch 2. Aufl. Zürich 1979

- Weiss T.: Die Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen, Bern 1906

- Widmer A.: Die Appellation im schweiz. Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Prozessgesetze der Kantone Zürich, Basel-Stadt, Bern und Genf
Diss. Basel 1931

- Wurzburger A.: Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal Fédéral, Diss. Lausanne 1964

- Wüthrich W.: Teilklage und Teilurteil, Diss. Zürich 1952

Weitere Literaturangaben im Text

Wichtigste Abkürzungen

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Abs.
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aZPO	alte Zürcher Zivilprozessordnung vom 13.4.1913 und seitherige Aenderungen
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation (thèse)
dt. ZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E.	Erwägung
gl. M.	gleicher Meinung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13.6.1976,in Kraft getreten am 1.1.1977
i.S.	im Sinne
N.	Note (=Randnote)
NF	Neue Folge
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschau, Frankfurt am Main
m.a.W.	mit andern Worten
m.E.	meines Erachtens
OG	Organisationsgesetz d.h. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12. 1943 und seitherige Aenderungen
Pra	Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Basel 1912 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StPO	Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4.5.1919 mit seitherigen Teilrevisionen
u.U.	unter Umständen
Vgl.	vergleiche
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZPO	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13.6.1976, in Kraft getreten am 1.1.1977
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Einführung

Die Berufung (Appellation) ist das wichtigste Rechtsmittel im schweizerischen Zivilprozessrecht. Sie findet sich in sämtlichen kantonalen Zivilprozessordnungen und ermöglicht der Berufungsinstanz eine Ueberprüfung des gesamten Verfahrens und Entscheides der ersten Instanz. Gelegentlich wird im folgenden deshalb die Berufung mit dem Rechtsmittel schlechthin gleichgesetzt.

Grundlage dieser Arbeit bildet der zürcherische Zivilprozess, wobei auch Aspekte der Verfahren in anderen Kantonen und insbesondere im Bund berücksichtigt werden. Im Rahmen des ersten Teils sei hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen der bundesrechtlichen Berufung auf die Art. 43 - 50 OG und die zitierte Literatur hingewiesen.

Voraussetzungen und Wirkungen der Berufung als solcher bestimmen in weitgehendem Masse die Anträge im Rechtsmittelverfahren, weshalb sie vorgängig dargelegt werden. Im zweiten Teil werden Umfang und Grenzen des Antrages und seiner Begründung aufgezeigt, wobei insbesondere die Bedeutung des Novenrechts gewürdigt wird. Den Besonderheiten des Scheidungsprozesses wird bei den einzelnen Themenkreisen Rechnung getragen, wo immer sich gewichtige Abweichungen gegenüber dem rein vermögensrechtlichen Verfahren ergeben.

1. Teil: Voraussetzungen und Wirkungen der kantonalrechtlichen Berufung

§ 1 Objektive Voraussetzungen

Das Verfahren vor dem mit einer Klage als erste Instanz betrauten Gericht findet in der Regel mit dem gerichtlichen Ausspruch zur Rechtslage im konkreten Einzelfall[1] seinen Abschluss. Eine Prozesserledigung kann aber auch stattfinden, ohne dass der der Klage zugrundeliegende Anspruch materiell geprüft worden wäre[2]. Von der Natur und Ausgestaltung des Entscheides hängt es ab, ob überhaupt und mittels welcher Rechtsmittel der Prozess fortgesetzt werden kann. Das führt zur Frage nach den berufungsfähigen Entscheiden.

I. Der berufungsfähige Entscheid

1. Sachurteile

Sachurteile sind Entscheide, die auf Grund eigener Rechtsfindung des Gerichts zustandegekommen sind. Ebenfalls zu den Sachentscheiden gezählt werden die durch Parteierklärungen (Rückzug, Anerkennung oder Vergleich) bewirkten Prozesserledigungen[3]. Es erfolgt eine der materiellen Rechtskraft fähige Feststellung der Rechtslage, die gemäss § 188 Abs.2 ZPO in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung ergeht[4];

---

1) Guldener, Schweiz.Zivilprozessrecht 3.Aufl.1979 S.204

2) Vgl. dazu das grundlegende Werk Walders: Prozesserledigung ohne materielle Anspruchsprüfung S. 1 ff.

3) Guldener a.a.O. S. 204, 378 Anm. 62 g.

4) Im Dispositiv wird die Vormerknahme der entsprechenden Parteierklärung angeführt.

dies im Gegensatz zu der als Urteilsspruch ausgestalteten Entscheidung, die auf eigener Rechtsfindung des Gerichts beruht[5].

Es zeigt sich, dass der Wahl der richtigen Erledigungsform im Rechtsmittelverfahren eminente praktische Bedeutung zukommt. Regelmässig unterliegen Urteile der Berufung, Beschlüsse und Verfügungen dem Rekurs. Eine systemwidrige Ausnahme bilden die Urteile der Mietgerichte gemäss § 271 Ziff. 1 ZPO, was einleuchtend mit dem Vorteil des rascheren Verfahrens begründet wird[6].

2. Endurteile

Bei den prozesserledigenden Entscheiden ist in erster Linie an den Gesamtabschluss, d.h. an die Beurteilung aller hängigen Rechtsbegehren gedacht. Die in der Urteilsformel enthaltene gerichtliche Feststellung soll nach Möglichkeit umfassende Entscheidung, also Gesamt- oder Vollurteil sein[7]. Bevor es zur Gesamterledigung kommen kann, müssen in den vorbereitenden Verfahrensabschnitten bestimmte Entscheide getroffen werden. Dies beruht auf der richterlichen Prozessleitung[8].

---

5) Dazu ist auch das Säumnisurteil zu zählen. Als Hauptfall sei erwähnt, dass das Gericht bei Säumnis des Beklagten in der Regel einen auf die klägerische Sachdarstellung aufbauenden Entscheid fällt (vgl. zur Rechtsnatur des Säumnisurteils: Weiss S. 43, Birchmeier S. 162).

6) N. 2 zu § 259 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

7) Das Postulat nach umfassender Streiterledigung ist in der allgemeinen Zielsetzung des Zivilprozesses, d.h. dem Streben nach Rechtsverwirklichung und Rechtsfrieden mitenthalten.

8) Guldener S. 179 ff; Rosenberg/Schwab S. 327 ff.

Mit der Berufung sind in allen Kantonen sowohl der Endentscheid wie auch das ganze vorausgegangene Verfahren anfechtbar. Diese Verfahrensüberprüfung umfasst auch die prozessleitenden Entscheide, sofern diese nicht selbständig rechtsmittelfähig gewesen sind (§ 269 Abs. 2 ZPO).

3. Zwischenurteile

Zwischenurteile sind klar von den mannigfachen prozessleitenden Entscheiden zu trennen, die lediglich den Gang des Verfahrens, nicht aber die Sache selbst betreffen; solche Zwischenentscheide ergehen in Form eines Beschlusses oder einer Verfügung[9]. Eine teilweise Prozesserledigung wird durch das Zwischenurteil bewirkt, sei es nun Vor- oder Teilurteil, wobei die Grenzen anerkanntermassen fliessend sind[10].

a) Vorurteil

Gemäss § 239 Abs. 2 a ZPO können einzelne oder mehrere Vorfragen oder Einreden zum Gegenstand eines Vorurteils gemacht werden, wenn dieselben für das Eintreten auf die andern Vorfragen entscheidend sind und auf diesem Wege bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten gespart werden kann. Dieser Grundsatz ist auch in der revidierten Zürcher ZPO übernommen worden. Als Beispiele für die Berechtigung eines Vorurteils[11] lassen

---

9) vgl. § 155 GVG

10) N. 1 zu § 189 ZPO Komm. Sträuli/Messmer

11) Guldener spricht abwechselnd von Zwischenurteil und von Vorurteil (a.a.O. S. 242 f.), doch sollte m.E. der Begriff Zwischenurteil nur als Oberbegriff für Vor- und Teilurteile verwendet werden.

sich anführen: Verwerfung einer Verjährungs- oder Verwirkungseinrede[12], die Bejahung einer bestrittenen Aktiv- oder Passivlegitimation[13] oder die grundsätzliche Bejahung der Schadenersatzpflicht des Beklagten[14].

Die ausnahmsweise Ausfällung eines Vorurteils beruht auf dem Gedanken der Prozessökonomie. Die Parteien haben - anders einzig bei der sofortigen Beurteilung der Unzuständigkeitseinrede - keinen Anspruch auf diese Art der Vorentscheidung. Die mögliche Entlastung und Verkürzung des Verfahrens (vor Inangriffnahme eines weitläufigen Beweisverfahrens) muss beträchtlich sein; für die Ausfällung eines Vorurteils bedarf es beachtlicher Gründe, die eine abweichende Entscheidung durch die obere Instanz als nicht ausgeschlossen erscheinen lassen[15]. Die Gefahr, dass dadurch das Verfahren nicht einfacher sondern komplizierter wird, ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen.

b) Teilurteil

Teilurteile gehören wie die selteneren Teilbeschlüsse[16] zu den Erledigungsformen, durch welche nur ein Teil der von den Parteien erhobenen Ansprüche beurteilt wird. Es kann sich dabei um die Entscheidung eines einzelnen von mehreren geltend gemachten Ansprüchen oder um einen Teil einer mehrere Positionen umfassenden einheitlichen Klage handeln. Teilurteile erledigen also nur einen Teil des Rechtsstreites. Sie können nur ergehen, wenn sie einen besonderer Beurteilung zugänglichen und zur selbständigen Geltendmachung geeigneten, grös-

---

12) ZR 61 Nr. 45, BGE 74 II 93, 91 III 99, 93 II 244, 97 II 137.

13) BGE 81 II 398

14) ZR 51 Nr. 138, BGE 95 II 96.

15) Leuch N. 3 zu Art. 196 ZPO - BE.

16) im Sinne von Sachentscheiden gemäss § 1/I/1 oben.

senmässig bestimmten Teil des durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruchs betreffen[17]. Ferner ist die Trennung möglich bei objektiver oder subjektiver Klagenhäufung, d.h. bei Entscheidung nur eines von mehreren zwischen den nämlichen Parteien streitigen Ansprüchen[18] oder der gesonderten Behandlung einer Klage gegenüber nur einem von mehreren Streitgenossen. Für den letztgenannten Fall trifft dies allerdings nur bei der unechten einfachen Streitgenossenschaft zu[19].

Das Teilurteil führt also zu einer zwangsläufigen Trennung des Verfahrens, auch wenn bis anhin über die Mehrheit der Ansprüche einheitlich verhandelt worden war[20]. Nach der Ausfällung des Teilurteils ist ein Teil des Streitgegenstandes und damit der ganze diesbezügliche Prozessstoff erledigt. Die Abtrennung verschafft dem Teilurteil den Charakter eines Vollurteils, das selbständig anfechtbar sein kann. Die Verhandlung über den übriggebliebenen Streitgegenstand kann den dem Teilurteil zugrundeliegenden Prozessstoff nicht mehr beeinflussen.

Durch die Vornahme von Teilurteilen sollte keine Gefährdung der Einheitlichkeit in der Beurteilung von gleichartigen Ansprüchen entstehen. Immerhin muss das Gericht darauf Bedacht nehmen, dass das Postulat der beförderlichen Prozesserledigung kein absolutes sein kann. So kann dem Kläger im Vermögensprozess sehr an einem baldigen Prozessergebnis liegen, und er wird auf eine Abtrennung der spruch-

---

17) Rosenberg/Schwab S. 293 (Text § 301 dt. ZPO).

18) Dazu ist auch die Abtrennung der Widerklage bei gesonderter, vorgezogener Beurteilung der Hauptklage zu zählen (vgl. § 60 Abs. 3 ZPO).

19) N. 10 zu § 40 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

20) Nikisch, Streitgegenstand S. 278.

reifen Teile seines einzigen oder mehrerer geltend gemachten Ansprüche drängen; hingegen kann sich für den Beklagten eine unzumutbare Verkürzung seiner Parteirechte daraus ergeben, wenn der für die Berufung erforderliche Streitwert[21] je einzeln bei den unabhängig voneinander beurteilten Teilansprüchen erreicht werden muss und nicht zusammengerechnet werden darf. In diesem Zusammenhang erwähnen Rosenberg/Schwab[22], es könne für das Gericht ein 'nobile officium' gegeben sein, wegen der durch die Verfahrenstrennung bewirkten Nachteile von der Ausfällung eines Teilurteils Abstand zu nehmen.

Die schweizerische Prozessrechtslehre befürwortet die Zusammenrechnung mehrerer Rechtsbegehren, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Im geltenden Recht ist allerdings dem Gedanken der dadurch erhöhten wirtschaftlichen Bedeutung eines Prozesses hinsichtlich Klage und Widerklage noch wenig Rechnung getragen, wird doch deren Zusammenrechnung mehrheitlich untersagt[23]; dies auch für den Fall, dass sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Die Massgeblichkeit des Gesamtstreitwertes bei Teilerledigungen der Hauptklage hat die Praxis ausdrücklich bestätigt[24].

Vom Vorurteil ist die Möglichkeit der Erhebung einer Teilklage scharf zu trennen[25]. Die Freiheit einer Partei, nur einen Teil ihrer Ansprüche gerichtlich zu verfolgen, entspringt der Dispositionsmaxime und findet ihre Schranken

---

21) s. unten § 1 II.

22) a.a.O. § 58 II a.E. S. 294.

23) Statt vieler: Art. 139 ZPO-BE; Bund: Art. 47 Abs. 2 OG
Die Zusammenrechnung entspricht allerdings eher den Zielen der Rechtsgleichheit und hat als Grundsatz in der revidierten Zürcher ZPO in § 19 Eingang gefunden; vgl. Guldener S. 114 f.

24) ZR 70 Nr. 127 E. 1.

25) Vgl. dazu in grundsätzlicher Hinsicht: Wüthrich, Teilklage und Teilurteil, Diss. ZH 1952.

nur im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben. Auch hier ist jedoch die Frage nach der Weiterziehbarkeit des Teilanspruchs zu stellen. Hat der Kläger bewusst nur einen streitwertmässig unbedeutenden Teil eines viel gewichtigeren Gesamtanspruchs eingeklagt, um so rascher ein endgültiges Urteil zu erlangen, so kann sich der Beklagte mit der Erhebung einer negativen Feststellungsklage über die ganze Forderung die allfällige Weiterzugsmöglichkeit sichern[26].

II. Die Streitwertgrenze bei Vermögensprozessen

In Vermögensprozessen wird allgemein die Zulässigkeit der Berufung vom Erreichen eines bestimmten Streitwertes abhängig gemacht. Die Streitwertgrenzen der Rechtsmittel allgemein stehen in einem funktionellen Zusammenhang mit der sachlichen Zuständigkeit der einzelnen Gerichtsbehörden. Die jeweilige Erhöhung dieser Schwellen[27] gründet auf der im Laufe der Jahre festzustellenden Geldentwertung; die periodisch vorgenommene Anpassung sichert Bedeutung und Wert der einzelnen Rechtsmittel, indem für Streitigkeiten mit kleinerem Streitwert ein Weiterzug an eine obere Instanz als zeitlich und kostenmässig zu aufwendig erklärt wird. Die Berufungssummen wurden anlässlich der Revision vom 13. Juni 1976 von über Fr. 2'000.-- auf über Fr. 5'000.-- (gegen Urteile der Bezirks- und Arbeitsgerichte) und von über Fr. 1'000.-- auf über Fr. 3'000.-- (gegen Urteile der Einzelrichter) angehoben[28].

---

26) N. 6 zu § 17 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

27) Im Rahmen von Teil- oder Gesamtrevisionen der kantonalen Prozessordnungen.

28) § 314 alt ZPO bzw. § 259 rev. ZPO.

Gemäss § 18 Abs. 2 der rividierten Zürcher ZPO bestimmt sich der Streitwert für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln nach den Verhältnissen zur Zeit der Fällung des angefochtenen Entscheids. Massgebend ist also, welcher Teil des Streitgegenstandes in jenem Zeitpunkt wertmässig noch vorhanden ist. Abgerechnet werden nur fallengelassene oder anerkannte Rechtsbegehren, nicht aber bereits mit Teilurteil geschützte Ansprüche. Es werden mehrere Begehren eines Klägers oder einzelner Streitgenossen, ebenso wie die bereits erwähnte Haupt- und Widerklage streitwertmässig zusammengerechnet; im letzteren Fall mit der Einschränkung, dass sie sich nicht gegenseitig ausschliessen dürfen[29].

Konsequenterweise sollte sich an der Massgeblichkeit des Streitwertes nichts ändern, unabhängig davon, ob der Richter eine Trennung oder eine Vereinigung von Klagen[30] angeordnet hat[31]; dies leuchtet für die sachliche Zuständigkeit ohne weiteres ein, nicht aber für die Frage des Weiterzugs. Die Anordnung des Gerichts auf Trennung oder Vereinigung von Prozessen entzieht sich der Einflussnahme der Parteien; es ist dagegen kein Rekurs zulässig. Die Parteien sollen somit von den ursprünglichen, sich bei Rechtshängigkeit ergebenden Weiterzugsmöglichkeiten ausgehen können; massgeblich ist also bei richterlicher Vereinigung der Streitwert jeder einzelnen Klage, bei richterlicher Trennung der gesamte Streitwert aller mit der Klage geltend gemachten Begehren.

---

29) § 19 Abs. 1 und 2 ZPO.

30) Dazu allgemein: St. Kraft: Die gerichtliche Trennung und Vereinigung von Prozessen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. ZH 1959.

31) Anders die Auffassung Guldeners (S. 113 Anm. 31) und die bundesgerichtliche Praxis 86 II 62 und 94 II 53, sowie Birchmeier zu Art. 47 OG.

Diese konsequente Handhabung ist allerdings nur im zürcherischen Recht verwirklicht worden. Anerkannter Praxis folgend ist mit § 26 ZPO eine Bestimmung geschaffen worden, wonach die richterliche Trennung und Vereinigung die Zuständigkeit und die Zulässigkeit von Rechtsmitteln nicht verändern.

§ 2 Subjektive Voraussetzungen

I. Legitimation

1. Die parteimässige Teilnahme am Verfahren

Subjektiv legitimiert zur Ergreifung der Berufung sind die Personen, welche als Kläger oder Beklagte im Prozess in Erscheinung getreten sind, d.h. die Parteien sowie deren Rechtsnachfolger. Das Einlegen von Rechtsmitteln wird allgemein denjenigen anheimgestellt, die am Ausgang des Verfahrens persönlich interessiert sind. Wie für die Einleitung des Prozesses gilt auch hinsichtlich des Rechtsmittelverfahrens die Dispositionsmaxime. Entscheidend ist der Parteianstoss; es gibt kein Berufungsverfahren von Amtes wegen. Damit wird deutlich, dass die Interessen der Allgemeinheit an der Durchsetzung und Bewährung des objektiven Rechts, am Bestreben um Rechtseinheitlichkeit und Rechtsfortbildung zurückzutreten haben[1].

Der Kreis der legitimierten Personen umfasst zunächst also die Parteien, ungeachtet des Umstandes, ob sie vor erster Instanz zu Recht oder zu Unrecht als Parteien erfasst wurden oder nicht. Es soll auf dem Rechtsmittelweg geltend gemacht werden können, es fehle einer Partei an Partei- oder Prozess-

---

1) Haegi S. 73.

fähigkeit. Guldener zeigt am anschaulichen Beispiel[2], dass auf Seite des Klägers oder des Beklagten als Träger eines individuellen und konkret bestimmten Namens zwei Personen um die Parteirolle streiten können. Die Befugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels wird nun einerseits dem Träger des angemassten Namens aufgrund seiner Prozessbeteiligung gewährt, und anderseits ist auch der wirkliche Träger des betreffenden Namens zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen ein zu Unrecht auf seinen Namen lautendes Urteil legitimiert.

2. Nebenparteien

Zur Einlegung von Rechtsmitteln sind auch die Nebenparteien, d.h. Intervenienten und Litisdenunziaten befugt, die sich auf Seiten einer Partei am Prozess beteiligt haben oder sich ihr gerade zum Zweck anschliessen, ein Rechtsmittel ergreifen zu können, wenn die Hauptpartei dies unterlässt.

Die Rechtskraftwirkung von Sachurteilen betrifft in der Regel die Nebenparteien zwar nicht, doch kann ein Urteil kraft materiellen Bundesrechts Wirkungen gegenüber Nebenparteien entfalten[3]. Lautet ein Urteil zu Ungunsten der Hauptpartei, so wirkt sich dies auch gegen den Nebenintervenienten oder den Litisdenunziaten aus, soweit diese nicht mit Erfolg einwenden können, sie seien oder wären aufgrund ihres rechtlichen Verhältnisses zur Hauptpartei nicht zu deren Unter-

---

2) a.a.O. S. 491 Anm. 56. Hat ein Kläger oder Beklagter den Prozess unter angemasstem Namen geführt, so ist er nichtsdestoweniger Partei und deshalb zur Ergreifung eines Rechtsmittels berechtigt. Er kann daher insbesondere die Frage zur Entscheidung bringen, ob er den Prozess unter dem richtigen oder unter einem angemassten Namen geführt hat.

3) Art. 193 OR, Art. 258 OR.

stützung verpflichtet gewesen, oder es sei der ungünstige Prozessausgang durch die Hauptpartei selbst verschuldet bzw. sie seien zur Zeit der Streitverkündung oder ihres Beitrites nicht mehr in der Lage gewesen, ihrerseits das im Interesse der Sache Erforderliche vorzukehren. Damit wird die ungünstige rechtliche Stellung der Nebenpartei hinsichtlich eines allfälligen Rechtsstreites mit der Hauptpartei ersichtlich und bildet auch eine ausreichende Grundlage, ihr die Legitimation zur Einlegung von Rechtsmitteln einzuräumen[4].

Das Bundesrecht legitimiert die Nebenparteien zur Berufung, soweit dieselben nach kantonalem Recht dazu berechtigt sind und am Verfahren vor letzter kantonaler Instanz teilgenommen haben (Art. 53 OG).

Auch prozessökonomische Erwägungen sprechen für die erwähnte Erweiterung des Kreises der legitimierten Personen, erscheint es doch sinnvoll, der Nebenpartei vor rechtskräftiger und für die Hauptpartei ungünstig ausgefallener Erledigung ein Verteidigungsmittel in die Hand zu geben, mittels welchem ein gänzlich neu aufgerolltes Verfahren vermieden werden kann.

Der neue Zürcher Zivilprozess hat die Begriffe der einfachen echten und der einfachen unechten Streitgenossenschaft eliminiert; er unterscheidet zwischen notwendiger und einfacher Streitgenossenschaft. Weder im einen noch im andern Fall kommt dem einzelnen Streitgenossen die Befugnis zu, mit Wirkung für alle Streitgenossen Rechtsmittel einzulegen[5]. Neu ist hingegen, dass der einzelne Streitgenosse das Begehren auf interne Aufteilung der Verpflichtung stellen darf, und der Betroffene gegen die entsprechende Dispositivziffer

---

4) Guldener S. 312 f. (vgl. Beispiele).

5) §§ 39 Abs. 2 und 40 ZPO.

Berufung erklären kann. Häufig lässt sich so ein künftiger Prozess vermeiden, wenn die interne Aufteilung im Forderungsprozess einer Streitgenossenschaft auf Parteiantrag[6] hin als Feststellungsklage behandelt wird. Regressansprüche können somit prozessökonomisch beurteilt werden.

Ausdrücklich anerkennt die bundesgerichtliche Praxis die Legitimation eines jeden Streitgenossen zur Einlegung eines Rechtsmittels bei Gestaltungsklagen, insbesondere bei Statusprozessen[7]. Von der Legitimation ist die Frage der Wirkung eines Rechtsmittels für den einzelnen oder für alle Streitgenossen streng zu trennen[8].

II. Die Beschwer

1. Allgemeines

Die Zulässigkeit der Berufung wird allgemein davon abhängig gemacht, ob die betreffende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der Abänderung des ergangenen Entscheides besitzt. Legitimation kommt nicht schlechthin allen zu, die ein irgendwie geartetes Interesse an der Modifikation besitzen, sondern sie müssen durch das Sachurteil relevant benachteiligt, d.h. beschwert sein. Nicht die materiellrechtliche Beziehung zur Streitsache ist massgebend, sondern die prozessuale Lage der Partei, wie sie im Urteilsdispositiv zum Ausdruck

---

6) § 41 ZPO; es genügt ein Eventualbegehren eines Streitgenossen bis spätestens vor Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens (N. 2 zu § 41 ZPO Komm. Sträuli/Messmer).

7) Das Urteil der oberen Instanz muss für alle Streitgenossen verbindlich sein (BGE 95 II 294 E. 1; Leuch S.313). Gefordert wird die notwendige Einheitlichkeit der Entscheidung und ihrer Vollstreckung.

8) s. unten § 4 II.3.

kommt. Damit wird deutlich, dass die Benachteiligung aus der Erkenntnisformel hervorgehen muss. Ein bloss gestützt auf die Entscheidungsgründe entstandener Nachteil kann mit der Berufung nicht wirksam angefochten werden, da die Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen. M.a.W. stellt eine lediglich in den Urteilserwägungen liegende Benachteiligung keine rechtlich relevante Beschwer dar[9].

Unter der Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung eines Rechtsmittels ist demnach regelmässig nur ein Nachteil zu verstehen, der sich für den Rechtsmittelkläger unmittelbar aus der Entscheidung selbst bzw. aus ihren Wirkungen (allenfalls im Vergleich zu seinen Anträgen, Tatsachenvorbringen oder Prozesserklärungen) ergibt, nicht aber der Umstand, dass der beschwerte Prozessgegner die Entscheidung mit mehr oder weniger Aussicht auf Erfolg anfechten könnte[10].

Versteht man allerdings als allgemeinsten Rechtsmittelzweck die Richtigkeitskontrolle der ergangenen Entscheidung, so kann dieser Zweckverwirklichung die mangelnde Beschwer der Berufung einlegenden Partei entgegenstehen. Beschwer und Unrichtigkeit der Entscheidung liegen somit auf verschiedenen Ebenen; es gilt sie auseinanderzuhalten; erstere beschlägt die Zulässigkeit, letztere die Begründetheit des Rechtsmittels[11].

Nicht zutreffend ist die Ansicht, die Herbeiführung einer günstigeren Entscheidung auf dem Wege der Berufung sei über-

---

9) Dies gilt natürlich dann nicht, wenn ein erhobener Anspruch, der in den Erwägungen behandelt worden ist, zu Unrecht keine Aufnahme ins Dispositiv gefunden hat.

10) Haegi S. 49 f.

11) Haegi S. 46

haupt nur denkbar, wenn in der ersten Instanz nicht allen Begehren des Rechtsmittelklägers stattgegeben worden sei[12]. In der Regel wird nämlich die nicht beschwerte Partei dann die Berufung erklären, wenn sie durch die obere Instanz eine Entscheidung anstrebt, die sie für vorteilhafter als die ergangene erachtet. Objektiv wäre das jedenfalls immer dann möglich für eine Partei, die bei Zulassung der Berufung trotz fehlender Beschwer in zweiter Instanz von der Befugnis auf Klageänderung oder Widerklage Gebrauch machen kann[13] [14].

Es kann somit nicht gesagt werden, die in allen Teilen erfolgreiche Partei sei zum vornherein in ihrem Bestreben nach Verbesserung der erreichten Rechtsposition auf dem Rechtsmittelweg ausgeschlossen. Wie Haegi[15] überzeugend darlegt, muss das Institut der Beschwer als Ergebnis der Interessenabwägung der verschiedenen Verfahrenszwecke verstanden werden.

2. Formelle Beschwer

Die herrschende deutsche und fast ausnahmslos die schweizerische Doktrin und Praxis gehen vom Begriff der formellen Be-

---

12) a.M. Schaufelberger S. 32 ff.

13) Das deutsche Recht erklärt die Klageänderung und die Widerklage in der Berufungsinstanz grundsätzlich für zulässig (§ 523 in Verbindung mit § 264 und § 529 Abs.4 dt. ZPO).

14) In der Schweiz kennen Bern, St. Gallen und Zug grundsätzlich die Möglichkeit einer Klageänderung auch noch vor Rechtsmittelinstanz (BE Art. 94 ZPO, dazu Leuch, N. 8 zu Art. 94 und N. 2 zu Art. 346 ZPO; SG Art. 175 ZPO, dazu Lutz, N. 2 zu Art. 175 ZPO; Zug Art. 63 ZPO) Kt. Zürich ausführlich unten § 8 II C und § 10 B II und 3.

15) a.a.O. S. 42 ff.

schwer aus. Diese bedeutet das Ergebnis eines Vergleiches zwischen dem Verhalten des Rechtsmittelklägers vor Vorinstanz und der angefochtenen Entscheidung. Kurz gefasst liegt die formelle Beschwer in der Nichtgewährung des erstrebten Rechtsschutzes; verglichen werden Anträge[16] und Erkenntnis. Anderseits begründet nun aber nicht jede Abweichung des richterlichen Anspruches von den oder dem als Hauptantrag gestellten Begehren eine formelle Beschwer. Als formell beschwert gilt der Rechtsmittelkläger vielmehr nur dann, wenn die ergangene Entscheidung in ihrem massgeblichen (rechtskraftfähigen) Gehalt von seinen Anträgen zu seinem Nachteil abweicht[17].

3. Materielle Beschwer

Dieser Begriff ist vor allem in der deutschen Lehre heimisch; es seien hier nur einige wenige erläuternde Bemerkungen angebracht[18]. Die materielle Beschwer wird dahin bestimmt, ob die ergangene Entscheidung dem Rechtsmittelkläger ihrem Inhalt nach von Nachteil sei, ob für ihn daher die Möglichkeit bestehe, im höheren Rechtszug eine abweichende Entscheidung zu seinen Gunsten zu erlangen. Dabei wird nur dem Entscheidungsinhalt und den Entscheidungswirkungen massgebliche Bedeutung zuerkannt, während die Anträge des Rechtsmittelklägers im erstinstanzlichen Verfahren wenig oder gar nicht beachtet werden[19]. In der Schweiz wird grundsätzlich die Beschwer in formeller Hinsicht statuiert, wobei die Praxis die materielle Komponente in mehr oder weniger weitgehender Auslegung des formellen Beschwerbegriffes berücksichtigt[20].

---

16) Auszugehen ist von den abschliessenden Anträgen einer Partei vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils (N. 11 zu § 51 ZPO Komm. Sträuli/Messmer).

17) Rosenberg/Schwab S. 767

18) Vgl. die eingehende Betrachtung der deutschen Lehre bei Haegi S. 106 ff.

19) Haegi S. 104

20) vgl. v.a. unten § 2 II.5

4. Besonderheiten

a) Säumnisurteile

Wie ist es zu halten, wenn die anfechtende Partei vorinstanzlich überhaupt keinen Antrag gestellt hat, z.B. wenn gegen die beklagte Partei ein Säumnisurteil gefällt wurde? In diesem Fall lässt sich kein Vergleich zur Ermittlung der formellen Beschwer anstellen.

Lehre und Praxis haben sich in hohem Mass von der im römischen Recht heimischen Regel "contumax non appellat" entfernt[21]. Versäumnisfolgen werden heute vermehrt als prozessuale Benachteiligung gegenüber der betroffenen Partei und nicht als Massnahme mit Strafcharakter verstanden[22]. Man will die Parteien veranlassen, in ihrem eigenen Interesse zu handeln. Die säumige Partei soll aber anderseits nicht auf dem Umweg über das Rechtsmittelverfahren alles das nachholen können, was sie ungebührlicherweise vorzubringen vor erster Instanz unterlassen hat. Die Sanktion zielt im modernen Prozessrecht nicht auf Unzulässigkeit der Berufung sondern auf Beschränkung oder Ausschluss hinsichtlich des Novenrechts[23].

---

21) Allerdings schliessen Genf (341 CPC) und Waadt (537 CPC) auch heute noch die Berufung gegen Versäumnisurteile aus, doch sind immerhin besonders ausgestaltete Einspruchsverfahren bei derartigen Entscheidungen gegeben (Habscheid S. 362). Vgl. die Praxis des Bundesgerichts: BGE 38 II 527, 60 II 52.

22) Das moderne Prozessrecht begründet im allgemeinen keine Rechtspflichten, deren Verletzung Unrechtsfolgen nach sich ziehen würde.

23) vgl. unten §§ 7 IV. und 8 II.

Haegi vertritt denn auch überzeugend die Ansicht, dass eine Beschwer einer Scheidungsbeklagten vorliege, die sich im erstinstanzlichen Verfahren - sie war zweimal unentschuldigt nicht zur Hauptverhandlung erschienen - jedes Antrages enthalten hatte, und das angefochtene Urteil somit keinem von ihr gestellten Begehren entsprochen habe[24]. Die Beschwer muss in diesem Falle, wenn nicht zweifelsfrei als formelle[25], so doch als relevante materielle betrachtet werden. Aus dem Fehlen eines Antrages auf die vorbehaltlose und stillschweigende Zustimmung schliessen zu wollen, geht zu weit. Wird die Beschwer im Rechtssinne als schützenswertes Interesse an der gerichtlichen Entscheidung verstanden, so ergibt sich ohne weiteres die Lösung, dass nämlich der säumigen (unterlegenen) Partei die Verbesserung ihrer Rechtsposition nicht verwehrt sein darf, indem etwa gesagt wird, es treffe sie kein Nachteil, der eine Berufung rechtfertige.

Die Benachteiligung liegt vielmehr im Umstand, dass die betreffende Partei - bei Verneinung einer Beschwer - mit der Rüge, die Peremptorisierung sei zu Unrecht erfolgt, ausgeschlossen wäre[26].

b) Verrechnungseinrede

Ein weiterer Fall, in dem trotz Uebereinstimmung von Antrag und Urteilsdispositiv eine Beschwer angenommen wird, hängt

---

24) Haegi zitiert zwei zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangende (nicht publizierte) Entscheide der I. ZK des Zürcher Obergerichtes aus den Jahren 1968 und 1969; Haegi S. 187 f.

25) Reinvon der Logik her gesehen kann beim Vergleich eines Urteils mit einem fehlenden Parteiantrag ebenso richtig wie falsch gesagt werden, Uebereinstimmung liege vor oder nicht.

26) vgl. unten §§ 7 IV. und 8 I.A.2

mit der erweiterten Wirkung der Rechtskraft zusammen und betrifft die vom Beklagten eventualiter vorgebrachte Verrechnungseinrede. Bei Berücksichtigung der Entscheidungsgründe[27] hinsichtlich des Umfanges einer rechtskräftigen Entscheidung muss notwendigerweise eine formelle Beschwer angenommen werden.

Dies gilt für den Beklagten, wenn die Klage, statt des in erster Linie behaupteten Nichtbestehens des eingeklagten Anspruches, lediglich gestützt auf die im Eventualantrag verrechnungsweise vorgebrachte Gegenforderung erfolgte.

Anderseits muss auch ein Kläger als formell beschwert gelten, wenn die Klage nicht wegen der unbestrittenen Gegenforderung, sondern wegen Nichtbestehens seines eigenen Anspruches abgewiesen wurde[28].

Im gleichen Masse wie derjenigen Partei aufgrund der erweiterten Rechtskraft die Geltendmachung ihres beurteilten (aber nicht im Urteilserkenntnis enthaltenen) Anspruches in einem

---

27) Bei der grundsätzlich umstrittenen Frage, wieweit die Urteilsmotive an der Rechtskraft des Urteils teilhaben, herrscht immerhin Einigkeit dahin, dass bei materieller Behandlung einer mittels Verrechnungseinrede gestellten Gegenforderung sich die Rechtskraft des Urteils über die Hauptforderung notwendigerweise auch auf Bestand oder Nichtbestand der Gegenforderung erstreckt (Guldener S. 369 f.)

28) Leuch, N. 1 zu Art. 33 Abs. 4 ZPO-BE (S. 312).

neuen Verfahren versagt bleiben muss[29], muss dem Beklagten bzw. dem Kläger in den vorstehend zitierten Beispielen der Rechtsmittelweg offenstehen.

c) Vollstreckungswirkung

Schliesslich kann die obsiegende Partei ein schützenswertes Interesse an der Ueberprüfung der ergangenen Entscheidung haben, wenn die gehörige Vorladung oder Vertretung des Prozessgegners zweifelhaft ist[30]. Dies wird regelmässig dann der Fall sein, wenn der Kläger das erstrittene Urteil voraussichtlich in einem andern Kanton wird vollstrecken lassen müssen; der unterlegene Beklagte kann gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG der Vollstreckung die Einrede der mangelnden Vorladung oder der mangelhaften Vertretung entgegenhalten. Mit Haegi ist anzunehmen, dass auch für den scheinbar nicht beschwerten Kläger im erwähnten Beispiel eine Beschwer trotz Uebereinstimmung von Klage und Urteilsdispositiv vorliegt, indem die Vollstreckungswirkung nicht eintreten kann.

Dasselbe gilt in gleichem Masse für internationale Tatbestände, bei welchen zu prüfen ist, ob der obsiegenden Partei mit einem ihren Anträgen vollumfänglich entsprechenden Urteil tatsächlich die erstrebte Rechtsposition zukommt, d.h. ob mit andern Worten eine ungehinderte Vollstreckung im Ausland zu erwarten ist[31].

---

29) da eine res iudicata vorliegt.

30) Guldener S. 494 N. 70

31) Haegi S. 137 f. Anm. 58 und 59; N. 11 zu § 51 Abs. 2 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

5. Die Beschwer in den familienrechtlichen Verfahren, insbesondere im Scheidungsprozess

In dem verfahrensrechtlich weitgehend vom materiellen Recht her bestimmten familienrechtlichen Prozess wird vermehrt vom Erfordernis der formellen Beschwer abgewichen. Anhand der nachfolgenden Beispiele wird aufzuzeigen sein, dass Beschwer trotz deckungsgleichem Antrag und Urteilsdispositiv gegeben sein kann, wenn nämlich die erlangte Entscheidung dem Anfechtenden bei Eintritt der Rechtskraft die erstrebte Rechtsposition nicht in vollem Umfang zu verschaffen vermag. Diese Erkenntnis wurde schon bei den von der Dispositions- und Verhandlungsmaxime beherrschten Vermögensprozessen gewonnen, doch zeigt sich deren Bedeutung unter dem Regime der Offizialmaxime noch in besonderem Masse. "Die Voraussetzung der Beschwerung für das Recht, ein Rechtsmittel zu ergreifen, ist von der Offizialmaxime (ebenfalls) durchbrochen" [32]. Die neuere Praxis auf Bundes- und kantonalzürcherischer Ebene hat im Scheidungsverfahren für die klagende wie für die beklagte Partei das Erfordernis der formellen Beschwer in favorem matrimonii wie folgt eingeschränkt:

a) Die Zulassung der Berufung im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe

Ein mit seiner Scheidungsklage obsiegender Ehegatte kann wirksam die Berufung ergreifen, wenn er das Ziel verfolgt, in der Berufungsinstanz seine Klage zurückzuziehen[33]. Aus

---

32) Walder, Offizialmaxime S. 39

33) BGE 96 II 66; ZR 48 Nr. 67, ZR 64 Nr. 128, ZR 71 Nr. 106, ZR 72 Nr. 26; Hinderling S. 213/4.

den gleichen Erwägungen heraus ist auch die beklagte Partei, die erstinstanzlich der - tatsächlich ausgesprochenen - Scheidung bzw. Trennung zugestimmt hat, berechtigt erklärt worden, mittels selbständiger Berufung die Abweisung der Klage zu beantragen[34]. Die Praxis hat sich auch für die grundsätzliche Zulassung eines Rechtsmittels ausgesprochen, wenn damit die Umwandlung einer Scheidungsklage in ein Trennungsbegehren bezweckt wird. Kraft materiellen Bundesrechts ist zwar der Uebergang von einer Scheidungsklage in eine solche auf Trennung in jedem Verfahrensstadium möglich, doch erscheint dieser absolute Einbruch in kantonalrechtliche Prozessvorschriften nicht unbedenklich[35].

Indessen sind die Grenzen dieser Praxis zu beachten: Beachtlich kann nur diejenige Berufungserklärung eines vorinstanzlich obsiegenden Scheidungsklägers sein, der die Wiedervereinigung mit dem Ehepartner ernsthaft erwägt und sich bemüht, der fragwürdig gewordenen Lebensgemeinschaft ihren Sinn wieder zurückzugeben; verwehrt sein soll der Rechtsschutz derjenigen Partei, die lediglich formell - etwa aus finanziellen Ueberlegungen heraus[36] - am Weiterbestand der Ehe interessiert ist. Die Zürcher Praxis fordert, dass der formell nicht beschwerte Berufungskläger frühzeitig und verständlich

---

34) SJZ 43 Nr. 14, ZR 64 Nr. 128, ZR 56 Nr. 37, ZR 48 Nr.67; anders allerdings die bundesgerichtliche Praxis: 76 II 262, 95 II 295 E. 5 und 6 für die kantonale Berufung und 94 II 210 für die Berufung ans Bundesgericht.

35) vgl. unten §§ 8 II.C.2 und 10 B.II

36) Als Beispiel die mit ihrer Klage auf Scheidung durchdringende Ehefrau, deren Begehren um Unterhaltsbeiträge i.S. von Art. 151 oder 152 ZGB nicht voll entsprochen worden war, um weiterhin die bei Bestand der Ehe gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB geschuldeten (höheren) Leistungen des Ehemannes zu erhalten. Hinderling, Suppl. S. 83.

über seine seit dem erstinstanzlichen Verfahren geänderte Meinung Ausführungen macht[37].

b) Wechsel des Scheidungsgrundes als beachtliche Beschwer

Nach zürcherischer Rechtsprechung wird die Nichtberücksichtigung des angerufenen Scheidungsgrundes und Aussprechung der Scheidung gestützt auf einen andern Scheidungsgrund als beschwerbegründend erachtet[38]. So hat im Sinne der gleichen Praxis eine auf den allgemeinen Scheidungsgrund gestützte Klage, welche das Gericht gutheisst, im Urteilsdispositiv wie folgt zu lauten: "Die Ehe der Parteien wird in Gutheissung der Klage gestützt auf Art. 142 ZGB geschieden"[39]. Dies gilt natürlich auch hinsichtlich der speziellen Scheidungsgründe. Die gesetzliche Bestimmung, welche dem beurteilten Sachverhalt zugrundegelegt wird, hat also im Erkenntnis ausdrücklich enthalten zu sein. Dies ist ein Gebot der Rechtskraftwirkung, damit festgestellt werden kann, welcher von den gegebenenfalls mehreren Ansprüchen auf Auflösung der Ehe in concreto beurteilt worden ist.

Eine Beschwer des mit seiner klar formulierten Klage (gestützt auf einen von einem bestimmten Lebensvorgang herrührenden Anspruch) durchdringenden Ehegatten wird im allgemeinen verneint, wenn im Berufungsverfahren lediglich die Begründung seiner Scheidungsklage geändert werden soll; es sei denn, die ange-

---

37) ZR 72 Nr. 26 (SJZ 1973 S. 361 Nr.160 E. 2); vgl. auch Ehrlich in SJZ Bd. 39 S. 360 ff.

38) ZR 70 Nr. 35 E. d, ZR 58 Nr. 173 und Nr. 174, ZR 56 Nr. 36.
Kritisch dazu Haegi S. 199, Leuch,N. 1 zu Art. 333 ZPO-BE und Hinderling S. 214 ff.

39) Hinderling S. 209 N. 7, Bühler, Komm. ZGB N. 54 Einleitung. Von Bundesrechts wegen ist die Anführung der gesetzlichen Bestimmung im Dispositiv nicht gefordert.

fochtene Entscheidung beruhe zu Unrecht auf dem allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung anstatt des geltend gemachten Ehebruchs[40]. M.a.W. wird dem Kläger von der Praxis ein schützenswertes Interesse an der Feststellung des seiner Scheidungsgrundlage zugrundeliegenden Ehebruchs des andern Ehegatten zugebilligt[41] [42].

Der Beklagte, der sich der Scheidung widersetzt, kann gegen das gutheissende Urteil auf dem Rechtsmittelweg uneingeschränkt geltend machen, dass der Richter eine vom Kläger ausgeschlossene rechtliche Begründung berücksichtigt hat. Dies erscheint eigentlich selbstverständlich, da er mit der ausgesprochenen Scheidung beschwert ist. Auch wird die Stellung eines Beklagten, der dem auf die Anwendung eines bestimmten Scheidungsgrundes ausgerichteten Klagebegehren zustimmte, allgemein als beschwerbegründend erachtet, wenn der Entscheid die Scheidung aus einem andern Grund ausspricht, denn es stimmt auch in diesem Fall das ergangene nicht völlig mit dem vom Berufungskläger angestrebten Urteil überein[43]. Seine Rechtsstellung, näm-

---

40) In diesem Fall wird nämlich die unzutreffende richterliche Rechtsanwendung gerügt. Eine Ehe kann aber auch nach Art. 137 und Art. 142 ZGB geschieden werden, wenn der Ehebruch die Ehe zerstörte. Vgl. unten § 10 B.III.

41) Der Grund dafür liegt darin, dass die an die Scheidung wegen Ehebruchs geknüpfte Strafwartefrist im öffentlichen Interesse steht und von den Parteien durch Uebereinkunft nicht abgewendet werden kann. Hinderling S. 215, Bühler Komm. ZGB N. 52 Einleitung und dort zitierte Judikatur.

42) Ein erst nach erstinstanzlicher Urteilsfällung dem Kläger bekannt gewordener Ehebruch der beklagten Partei kann auf dem Berufungsweg mittels Novenrecht geltend gemacht werden. Vgl. unten §§ 8 II. und 10 B.

43) Haegi S. 141, der auch zutreffend die Grenzen aufzeigt, die den Parteien bei der "freien" Wahl des Scheidungsgrundes gesetzt sind. Bühler ZSR 74 S. 348 a ff. Vgl. unten § 6 IV.1.

lich diejenige eines geschiedenen Ehegatten, der durch ein - allenfalls unrichtiges - Urteil die Auflösung der Ehe erreicht hat, würde nämlich bei Anrufung des andern Scheidungsgrundes unverändert bleiben, weshalb man sich fragen kann, ob die Annahme einer Beschwer auch künftig zu rechtfertigen ist.

Beim Wechsel des Scheidungsgrundes ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Wechsel vom allgemeinen zu einem speziellen oder um eine Aenderung des erhobenen Anspruchs in umgekehrter Richtung handelt. Wie schon festgestellt wurde, wird der klagenden Partei ein Recht eingeräumt,dass der von ihr als Scheidungsgrund beantragte Ehebruch im Urteil festgestellt wird. In analoger Weise kann die urteilsmässige Feststellung eines andern (speziellen) Scheidungsgrundes gefordert werden, wenn dies auf die Gestaltung der Nebenfolgen einen Einfluss hat[44].

Im umgekehrten Sinne wurde einmal entschieden, dass auch der Uebergang von einer auf einen speziellen Scheidungsgrund gestützten Klage auf eine ein beidseitiges Begehren im Sinne von Art. 142 ZGB enthaltende Scheidungskonvention (im Berufungsverfahren) zulässig sei. Der Beklagte wurde trotz fehlender formeller Beschwer als zur Berufung legitimiert erklärt, da er als neue Tatsache die nachträglich abgeschlossene Konvention anführte[45]. So soll nämlich der Beklagte - laut diesem Entscheid aus dem Jahre 1957 - trotz seines Einverständnisses mit der Anwendung von Art. 141 ZGB die Scheidung in appellatorio gestützt auf den allgemeinen Scheidungsgrund verlangen können, ohne sich für seinen Sinneswandel auf Noven berufen zu müssen[46].

---

44) BGE 47 II 247, 68 II 338, 69 II 350.

45) ZR 58 Nr. 171; Haegi S. 171. Vgl. unten § 10 B.

46) Diese Praxis unter dem Geltungsbereich der alten ZPO ist heute wegen der engen Verknüpfung von Klageänderung und Widerklage mit dem Novenrecht nicht mehr denkbar.

c) Zulassung der Berufung des Beklagten zur Erhebung einer Widerklage

Der Beklagte, der sich mit der Scheidung lediglich einverstanden erklärte (ohne einen eigenen Anspruch zu erheben), kann bei Abweisung der Klage nicht unter Berufung auf das Novenrecht appellieren, um nachträglich eine Widerklage zu erheben, wenn der Kläger seinerseits kein Rechtsmittel ergriffen hat[47]. Er hat diesbezüglich einen neuen Prozess anzustrengen.

Trotz fehlender formeller Beschwer ist hingegen bei Gutheissung der Scheidungsklage der 'zustimmende' Beklagte zur berufungsweisen Erhebung einer Widerklage zuzulassen, damit er nicht seines eigenen, eventuell besser begründeten Scheidungsanspruches verlustig ginge[48].

d) Beschwer bei Weiterziehung eines Scheidungsurteils lediglich in Bezug auf die Nebenfolgen

Walder[49] weist auf die Problematik der im Scheidungsprozess als Nebenfolge zu behandelnden Kinderzuteilung hin, wenn eine Partei, deren diesbezügliche Anträge vor erster Instanz geschützt wurden, hiegegen mangels Benachteiligung keine Berufung einlegen kann. Das Bundesgericht ist noch im Entscheid 94 II 210 auf die Berufung eines Ehegatten nicht eingetreten, der vor letzter kantonaler Instanz den gegnerischen Anträgen zugestimmt hatte, auf dem Berufungsweg aber sein Einverständnis zu der vor kantonaler Berufungsinstanz abgeschlossenen Scheidungskonvention widerrief. Aus dem nur stark gedrängt

---

47) ZR 69 Nr. 33 E. 2, Bühler Komm. ZGB N. 31 zu Art. 143

48) ZR 69 Nr. 33 E. 3 mit Zitaten, Haegi S.166,Koenig S.79 ff.

49) in Offizialmaxime S. 39 f.

publizierten Sachverhalt geht nicht hervor, was die beklagte Ehegattin zu ihrem Sinneswandel bewog. Dessen ungeachtet muss m.E. aber dann vom Erfordernis der formellen Beschwer abgewichen werden, wenn es um die Ueberprüfbarkeit einer Entscheidung geht, die die Interessen Dritter tangiert, d.h. wenn es um das Schicksal der Kinder geht. Bühler[50] bezeichnet zu Recht die Gestaltung der Elternrechte gemäss Art. 156 ZGB als eine Bestimmung, bei deren Anwendung unbeschränkt und mit besonderer Intensität ohne Rücksicht auf Parteianträge die Offizialmaxime gelte.

Schon in BGE 82 II 470 hat das Bundesgericht vom Erfordernis der formellen Beschwer abgesehen, als es die Berufungsklägerin mit dem Antrag auf Erhöhung der Unterhaltsbeiträge zuliess, obwohl ihr die kantonale Rechtsmittelinstanz mehr zugesprochen hatte, als sie selbst beantragte[51]. Der eingangs zitierte Entscheid aus dem Jahre 1968[52] scheint aber auch nur ein 'Ausrutscher' gewesen zu sein, wird doch in BGE 96 II 73 festgehalten, dass sich für die Kinderzuteilung gemäss Art. 156 Abs. 1 ZGB die unbeschränkte Geltung der Offizialmaxime ergebe. Die Rechtsmittelinstanzen hätten von Amtes wegen - ohne Bindung an Parteianträge - die nötigen Anordnungen zu treffen, solange über die Kinderzuteilung und die damit unmittelbar zusammenhängenden Fragen noch nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Im erwähnten Fall handelte es sich um eine ohnehin zulässige Berufung[53], doch darf gefolgert werden, die Praxis anerkenne generell die Interessen der Kinder als Ausnahmen vom Erfordernis der formellen Beschwer, wobei dies nicht nur für die Zuteilung der Kinder, sondern eben-

---

50) in ZSR 74 S. 405 a und 415 a.

51) in Pra 1957 Nr. 2

52) BGE 94 II 210

53) Der Kläger war formell beschwert, da ihm (und der Beklagten) die elterliche Gewalt über die Kinder entzogen worden war.

so für die von der Offizialmaxime mitumfassten Unterhaltsbeiträge und das Besuchsrecht gemäss Art. 156 Abs. 2 und 3 ZGB gelten muss.

Ein guter Ueberblick über die zürcherische Praxis findet sich bei Haegi[54]. Grundsätzlich wird ebenfalls die Einlegung von Rechtsmitteln gegen Anordnungen, an denen das Kindesinteresse massgeblich beteiligt ist, auch bei fehlender Beschwer als zulässig erklärt. Wird dem Richter die Interessenwahrung der Kinder aufgegeben, denen im Prozess keine Parteistellung zukommt, so hat er dieser Aufgabe von Amtes wegen, ohne Bindung an Parteianträge nachzukommen. Dies muss auch für den Rechtsmittelrichter gelten, der aufgrund eines ordnungsgemäss eingereichten Rechtsmittels um Ueberprüfung der von der Vorinstanz getroffenen Regelung ersucht wird.

Eine differenzierte Betrachtungsweise hinsichtlich der festgesetzten Unterhaltsbeiträge mag höchstens dann gerechtfertigt erscheinen, wenn der seinem Antrag gemäss zur Alimentenzahlung verpflichtete Ehegatte auf dem Rechtsmittelweg um Herabsetzung seiner Leistungspflicht ersucht. Regelmässig verficht der Alimentenschuldner mit dem Weiterzug hauptsächlich oder ausschliesslich eigene vermögensrechtliche Interessen, die seiner Disposition unterliegen. Mit seinem Antrag vermag er keine Besserstellung der Kindesinteressen zu bewirken, weshalb die Rechtsprechung diesfalls richtigerweise am Erfordernis der formellen Beschwer festhält[55].

---

54) a.a.O. S. 176 ff. und S. 336 ff.

55) ZR 71 N. 106 E. 3

III. Nichtvorliegen eines Berufungsverzichts

Diese weitere Zulässigkeitsvoraussetzung tritt als Negativum in Erscheinung; es darf nicht ausdrücklich auf das Recht, ein Rechtsmittel einzulegen, verzichtet worden sein. Diese Parteiabrede kann ein- oder zweiseitiger Natur sein.

1. Zeitpunkt der Verzichtserklärung

a) Erklärung des Verzichts nach eröffnetem Urteil

Der Verzicht auf ein Rechtsmittel erscheint dann als unproblematisch, wenn er nach der Urteilseröffnung und somit nach erteilter Rechtsmittelbelehrung erfolgt. Die Erklärung bedeutet in diesem Falle nichts anderes als ein Abstandnehmen von der Ausübung eines den Parteien angezeigten Rechts. Keine Partei kann zur Fortführung des Prozesses vor zweiter Instanz gezwungen werden.

In der Lehre wird der Verzicht auf Berufung nach eröffnetem Urteil allgemein als zulässig erklärt[56]. In den meisten Fällen lässt sich der kantonalen Gesetzgebung keine ausdrückliche Bestimmung entnehmen. Offen bleibt somit die Frage, in welcher Form der Verzicht zu erklären sei. Immerhin geht aus der umfangreichen Praxis der kantonalen Gerichte[57] hervor, dass der Verzicht fast ausschliesslich unmittelbar nach mündlicher Eröffnung des Urteils vorkommt, wenn nämlich eine oder

---

56) Müller S. 48 ff.; Schaufelberger S. 34 ff.; Menzel S. 27 ff., Sträuli/Messmer, N. 17 zu § 190 ZPO; Guldener S. 500, derselbe in ZSR 65 S. 228 f., Habscheid S. 444/5 und mit rechtsvergleichender Kurzübersicht das Bundesgericht in 93 II 219. Für das deutsche Recht: Habscheid in NJW 1965 S. 2271 ff.

57) Vgl. die Zürcher Praxis in ZR 50 Nr. 155, 55 Nr. 110 und 56 Nr. 30.

beide Parteien ausdrücklich[58] die Erklärung abgeben, kein Rechtsmittel ergreifen zu wollen. Ein späterer mündlicher oder schriftlicher Verzicht unter den Parteien erfolgt selten[59]. Hinsichtlich der Form ist die Erklärung gegenüber dem Richter a quo oder gerichtet an die Gegenpartei möglich, mit der Wirkung, dass im letzteren Fall die Bindung des Erklärenden mit dem Empfang bei der Gegenpartei eintritt.

b) Erklärung des Verzichts vor Eröffnung des Urteils

In der Lehre wird die Zulässigkeit und Wirksamkeit des sogenannten Vorausverzichts unterschiedlich beurteilt[60].

Zunächst einmal spricht gegen die Zulässigkeit, dass die Parteien in Unkenntnis über eine erst noch ergehende Entscheidung auf deren Ueberprüfbarkeit verzichten. Sie wissen in keiner Weise, welche Folgen ihr Verzicht haben kann, da sie sich zum voraus mit jeder Rechtslage einverstanden erklären, die das Urteil feststellen wird. Die Parteien begeben sich damit der Möglichkeit, eine Entscheidung anzufechten, die krasse

---

58) Davon zu unterscheiden ist der konkludente Parteiverzicht auf die schriftliche Urteilsbegründung im Zürcher Zivilprozess. Gemäss § 158 Abs. 1 GVG besteht die Möglichkeit, auf die Begründung des Endentscheides der Friedensrichter, des Arbeitsgerichtes, des Mietgerichtes, der Einzelrichter und des Bezirksgerichtes (v.a. bei einfachen Konventionalscheidungen und kleineren Vermögensprozessen) zu verzichten. Den Parteien wird lediglich das Dispositiv zugestellt, worin anstelle der Rechtsmittelbelehrung der Hinweis figuriert, innert 10 Tagen könne schriftlich die Begründung verlangt werden, ansonsten der Entscheid in Rechtskraft erwachse.

59) Menzel S. 28

60) Guldener in ZSR 65 (1946) S. 228 ff. mit Literaturangaben (S. 231).

Mängel hinsichtlich des Verfahrens oder der Rechtsanwendung aufweist, in keiner Weise der materiellen Rechtslage zu entsprechen vermag und entgegen allen Erwartungen lautet[61].

Im allgemeinen wird für die Beurteilung des vorzeitigen Verzichts per analogiam auf die Regelung des Schiedsgerichtsverfahrens verwiesen. In einigen kantonalen Gesetzen findet sich ein ausdrückliches Verbot eines vorgängigen Verzichts auf das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde. Eine vorgängige Parteivereinbarung hinsichtlich des Ausschlusses ausserordentlicher Rechtsmittel muss aber aus grundlegenden Erwägungen heraus als unsittlich angesehen werden, also auch in Anwendung auf das ordentliche Verfahren vor dem staatlichen Richter; sie kommt einer Entäusserung des Rechts auf Selbstbehauptung gleich[62].

Für die Berufung als ordentliches Rechtsmittel lässt sich folgendes ableiten: Ein Vorausverzicht kommt jedenfalls dann nicht in Frage, wenn erhebliche öffentliche Interessen auf dem Spiele stehen, d.h. bei familienrechtlichen Prozessen, namentlich im Scheidungsprozess. Guldener[63] betont, dass es den Parteien nicht gestattet sein könne, zum vorneherein auf ein Rechtsmittel zu verzichten und so die endgültige Entscheidung in die Hand eines Gerichts zu legen, das nach Gesetz nicht letztinstanzlich entscheiden soll. In reinen Vermögensprozessen bestehen keine ernsthaften Bedenken, den Vorausver-

---

61) Schaufelberger S. 36

62) Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde S. 63

63) ZPR S. 501. Er geht allerdings zu weit, wenn er für den Scheidungsprozess auch den nach Urteilseröffnung ausgesprochenen Verzicht ablehnt (vgl. Walder, Prozesserledigung S. 169, Sträuli/Messmer, N. 12 Komm. vor § 259 ZPO, Hinderling S. 178).

zicht der Parteien auf die kantonalrechtliche Berufung zuzulassen. Immerhin sind an die Eindeutigkeit dieser Willenserklärung strenge Massstäbe anzulegen, ist doch mit diesem Verzicht grundsätzlich auch der Ausschluss der bundesrechtlichen Berufung verbunden[64) 65)]. Im Interesse der Gleichbehandlung der Parteien und um der Gefahr einer einseitigen prozessualen Uebervorteilung zu entgehen[66)], sollte allerdings der Vorausverzicht nur in Form der Parteivereinbarung[67)] zugelassen werden; sie kann mündlich zu Protokoll oder schriftlich erfolgen. Die Parteien bekunden damit gewissermassen, dass ihr Interesse am Weiterzug geringer ist, als dies nach Auffassung des Gesetzgebers - dem Streitwert entsprechend - der Fall wäre. Mit dieser Begründung wird man dem Gedanken der dispositiven Natur der im Prozess liegenden Ansprüche gerecht. Allgemein gilt zudem, dass in den vermögensrechtlichen Prozessen durch Vereinbarung eines Schiedsgerichtes die Berufung ausgeschlossen werden kann[68)].

---

64) wenn dieses Rechtsmittel den Parteien nicht bereits mangels anderer Voraussetzungen (Bsp. ungenügender Streitwert) verwehrt bleibt.

65) Die Regelung des Rechtsmittelverzichts hinsichtlich der Berufung ans Bundesgericht untersteht dem Bundesrecht. Birchmeier S. 76; vgl. BGE 93 II 219.

66) Anders als im deutschen Prozess findet die Ansicht, der Verzichtende müsse gegen die Konsequenzen seiner eigenen, auf freiem Willensentschluss beruhenden Handlungsweise geschützt werden, im schweizerischen Recht keine Stütze (Habscheid in NJW 1965 S. 2269 ff.).

67) Art. 367 ZPO-NE verlangt ausdrücklich die Reziprozität; Leuch a.a.O. Art. 334 N. 1 am Ende; Habscheid S. 445

68) Guldener S. 502

Im übrigen sehen Glarus und Thurgau ein sogenanntes Verfahren zu geschlossenen Handen vor, in welchem implicite ein Vorausverzicht auf Rechtsmittel enthalten ist[69]. Zürich kennt keine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit des vorzeitigen Rechtsmittelverzichts. Sträuli/Hauser[70] befürworteten unter der Geltung des alten Rechts die Zulässigkeit; im Kommentar zur geltenden ZPO wird sie hingegen abgelehnt[71], und zwar unter Hinweis auf die neugefasste Bestimmung über den Eintritt der Rechtskraft (§ 190 Abs. 2 ZPO).

2. Wirkungen der Verzichtserklärung

Es stellt sich die Frage, ob mit der Verzichtserklärung die Rechtskraft nach Eintreffen beim Gericht sofort eintreten soll und damit das Recht auf die Berufung schlechthin untergegangen sei. Analog zum Rückzug der Berufung tritt die Rechtskraft mit dem Tag des Eingangs der Erklärung beim Gericht ein[72]. Diese Wirkung gilt auch für den Scheidungsprozess[73]; bei mündlicher Erklärung zu Protokoll ist der Tag der Verzichtserklärung massgebend.

Für den einzig in Form der Parteivereinbarung zulässigen Vorausverzicht in Vermögensprozessen ist damit die Frage noch nicht beantwortet. Wird die Zulässigkeit des gemeinsamen vorzeitigen Verzichts bejaht, so kann die Folge dieser Parteidisposition nur sein, dass die erste Instanz zur endgültigen Entscheidung berechtigt werden will[74]. Zwangsläu-

---

69) GL: § 225 aZPO bzw. Art.230 ZPO; TG: § 223 ZPO; Müller a.a.O. S. 50

70) a.a.O. S. 447

71) N. 17 zu § 190 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

72) § 190 Abs. 2 ZPO.

73) Bühler ZSR 74 S. 422

74) s. oben § 2 III 1 b.

fig muss damit das Urteil mit der Ausfällung[75] rechtskräftig werden. Auf diesem Boden steht auch die herrschende deutsche Lehre[76].

In aller Regel erfolgt eine gerichtliche Vormerknahme des ausgesprochenen Verzichts, und zwar in Form eines Beschlusses. Allfällige Willensmängel dieser Parteierklärung - d.h. die Rüge, das Gericht habe zu Unrecht den Verzicht auf die Berufung angenommen - sind auf dem Berufungswege vorzubringen[77].

---

75) abwesenden Parteien gegenüber mit Zustellung des Urteils.

76) Habscheid NJW 1965 S. 2269

77) ZR 64 Nr.130; N. 18 zu § 190 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

§ 3 Formelle Voraussetzungen

I. Die Berufungsfrist

Die ordentlichen Rechtsmittel können nur innerhalb bestimmter gesetzlicher Fristen eingereicht werden. Bis zu deren Ablauf erwachsen die Urteile noch nicht in Rechtskraft. Diese nicht erstreckbaren Fristen[1] betragen für die Berufung je nach kantonaler Gesetzgebung zwischen 10 und 20 Tagen[2]. Für die Berufung ans Bundesgericht gilt eine Frist von 30 Tagen (Art. 54 OG).

1. Fristenlauf

Der Beginn des Fristenlaufes setzt ein mit der schriftlichen Zustellung des begründeten Entscheids. Erster Tag der Frist ist der auf das Zustellungsdatum folgende Tag[3]. Für den Postfachinhaber gilt der Tag der effektiven Inempfangnahme; unterbleibt die Abholung innert der auf dem Postavis angezeigten Frist, so gilt die Zustellung als am letzten Tag dieser Frist erfolgt[4]. Bei ordnungsgemäss angeordneter Urteils-

---

1) Um untragbare Härtefälle zu vermeiden, ist nach den meisten Prozessgesetzen Wiederherstellung bei unverschuldeter Säumnis möglich. Bsp.: Tod oder Handlungsunfähigkeit einer Partei gemäss § 189 Abs. 2 GVG.

2) Beispiel einer 14-tägigen Berufungsfrist: Art. 414 ZPO-SG. Bern kennt eine unterschiedliche Dauer der Fristen je nach Natur des ergangenen Entscheides (Leuch, N. 1 ff. zu Art. 338 ZPO).

3) Wird der angefochtene Entscheid an einem Samstag zugestellt oder auf der Post abgeholt, so beginnt die Rechtsmittelfrist am darauffolgenden Sonntag; Art. 32 OG bestimmt nur das Ende, nicht den Beginn und den Verlauf der Frist (Pra 67 Nr. 46).

4) BGE 100 III 3

publikation ist der auf den Tag der Veröffentlichung im Amtsblatt folgende Tag massgeblich.

Der Fristenlauf wird nach zürcherischem Recht von den Gerichtsferien beeinflusst, d.h. es tritt Stillstand nach Massgabe von § 140 GVG ein. Analoges gilt für die bundesrechtliche Berufung gemäss Art. 34 OG. Unterbrochen werden kraft Bundesrecht kann die Rechtsmittelfrist im Falle der Konkurseröffnung einer Partei[5]. Als rechtzeitig gilt die Berufung, sofern die Uebergabe an die Post oder bei der Kanzlei der zuständigen Gerichtsbehörde (während der Geschäftszeit) am letzten Tag der Frist erfolgt. Massgeblich ist das Datum des Poststempels, d.h. die Postaufgabe muss bis Mitternacht[6] des betreffenden Tages erfolgt sein. Fällt der Fristablauf auf einen Sonntag oder einen anerkannten Feiertag, so verlängert sich die Frist bis Mitternacht des darauffolgenden Werktags, während ein Ruhetag innerhalb der Frist die Zählung nicht beeinflusst.

2. Einlegungsort

Einlegestelle der Berufungserklärung ist die erste Instanz[7]. Früher war ausdrücklich die Bezirksgerichtskanzlei als Annahmeort bezeichnet (§ 321 aZPO), doch ist man bei der Revision von dieser sehr formalistisch anmutenden Formulierung abgekommen, da ja auch eine an den Präsidenten des Bezirks-

---

5) Art. 207 SchKG.

6) Faktisch ist dabei allerdings der Zeitpunkt der Abstempelung durch die PTT bzw. die effektive Weiterleitung der Briefpost durch die jeweilige Poststelle zu berücksichtigen. Vgl. die Aufstellung der Leerungszeiten der automatischen Briefeinwürfe der Stadt Zürich bei Hery S. 188 f.

7) § 261 Abs. 1 ZPO. Eine Reihe von Kantonen kennt allerdings die Einlegung beim iudex ad quem; vgl. Guldener S. 511. Für die Berufung ans Bundesgericht gilt der iudex a quo als Einlegestelle (Art. 54 OG).

gerichts gerichtete Berufungserklärung bei Vermeidung von Willkür entgegengenommen werden muss.

Wie ist nun aber mit einer fälschlich beim iudex ad quem eingereichten Berufungserklärung zu verfahren ? Nach zürcherischem Recht ist eine an eine unrichtige Behörde adressierte Berufung von Amtes wegen an die zuständige Amtsstelle weiterzuleiten (§ 194 Abs. 2 GVG). Richtigerweise wird die Vorschrift nach der Einreichung beim iudex a quo als Ordnungsvorschrift aufgefasst und der Rechtsunkundige geschützt. Immerhin zeigt sich, dass einige Kantone Mühe bekunden, dem Inhalt dieses Grundsatzes in praxi nachzuleben[8]. Zutreffend wird der Grundgedanke dahin eingeschränkt, dass die Weiterleitung von Amtes wegen nur dann erfolgen soll, wenn keine Absicht bei der Wahl der falschen Amtsstelle vorliegt und im übrigen die formellen Erfordernisse des zulässigen Rechtsmittels erfüllt sind[9].

II. Die Berufungserklärung

Die Berufungserklärung (acte d'appel) ist die erste äusserlich wahrnehmbare Parteihandlung nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens. Sie soll das Nichteinverständnis der Partei mit dem eben gegen sie ergangenen Entscheid und das Begehren um dessen Ueberprüfung durch eine andere Instanz zum Ausdruck bringen. Die Erklärung dieses Willens muss aus verständlichen Gründen gewissen formellen Erfordernissen ge-

---

8) Schaufelberger a.a.O. S. 45 für den Kanton Waadt, der keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung kennt. Vgl. Müller (a.a.O. S. 64) für den Kanton Thurgau, der eine schwankende Praxis aufweist.

9) N. 18 vor § 259 ZPO Komm. Sträuli/Messmer. Für die Bundesrechtspflege vgl. Art. 32 Abs. 3 OG letzter Satz.

nügen. Die Berufungserklärung darf nicht an Bedingungen geknüpft sein[10].

1. Form

Regel ist die schriftliche Form der Berufungserklärung. Dies entspricht auch dem Erfordernis nach genauer Bestimmtheit der 'Klage' in zweiter Instanz. Vereinzelt ist im schweizerischen Prozessrecht die mündliche Form vorgesehen[11]. Unter Schriftlichkeit ist die eigenhändige Unterzeichnung[12] durch den Appellanten oder dessen Vertreter zu verstehen; bei Unterschrift des Vertreters ist im Falle des Neueintretens desselben eine Prozessvollmacht der Partei beizulegen.

Ob auch die telegraphische Aufgabe der Berufungserklärung den Anforderungen zu genügen vermag, ist in neuerer Zeit bejaht

---

10) Will die Berufung nur für den Fall erklärt werden, dass auch die Gegenpartei sie erklärt, so steht der betreffenden Partei die Anschliessung an das gegnerische Rechtsmittel zur Verfügung. Vgl. unten § 9 II.

11) Bern und Genf sehen die mündliche Einlegung der Berufung vor (BE Art. 339 Abs. 1 ZPO, GE Art. 348 CPC); dies gilt vor allem bei mündlicher Urteilseröffnung.

12) Die fehlende Unterschrift kann auch noch nach Ablauf der Frist nachgeholt werden (SJZ Bd. 66 S. 174 Nr. 85). Unzumutbar streng ist die bundesgerichtliche Praxis (Birchmeier, N. 1 zu Art. 55 OG). Das Nichtgewähren einer Nachfrist durch das Bundesgericht kommt m.E. einer überflüssigen Formstrenge im Verhältnis zum geringfügigen Parteiversehen gleich. Es darf nicht angehen, die Unterschriftslosigkeit gleich wie das Fehlen von Antrag oder Begründung einer Berufungseingabe mit Unwirksamkeit zu sanktionieren! Eine Aenderung der seit dem Jahre 1903 bestehenden Praxis drängt sich auf (BGE 29 I 477, bestätigt in 77 II 351).

worden[13]. Zu Recht wird eine Analogie zum materiellen Bundesprivatrecht (Art. 13 Abs. 2 OR) aufgezeigt. Aus Gründen der rechtsgenügenden Beweissicherung ist unbedingt die Berufungserklärung mittels eingeschriebenem Brief zu empfehlen.

Vereinzelt wird verlangt, dass die Berufungserklärung in doppelter Ausfertigung einzureichen sei[14]. Es kann sich dabei jedoch nur um eine Ordnungsvorschrift handeln, deren Missachtung entweder eine Fristansetzung zur Behebung des Mangels[15] oder - zweckmässiger - die gerichtliche Vornahme der entsprechenden Handlung unter Kostenauflage an die säumige Partei zur Folge hat. In den neueren Prozessgesetzen wird nicht mehr an diesem Formzwang festgehalten; im Zuge der Modernisierung und Rationalisierung sind die Gerichtskanzleien heute in der Lage, die notwendigen Vervielfältigungen mit verhältnismässig bescheidenem Aufwand selbst herzustellen.

2. Inhalt

Neben den formellen Voraussetzungen hat die Berufungserklärung - um ihrer Wirksamkeit willen - auch einen gesetzlich normierten Mindestinhalt aufzuweisen.

---

13) SJZ Bd. 49 S. 313 Nr.136; a.M. Schaufelberger S. 48. Die Ablehnung der telegraphischen Berufungserklärung lässt sich nur bei sehr formalistischer Argumentation begründen; m.E. sollte wenigstens dem Appellanten Gelegenheit (Fristansetzung und Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall) geboten werden, dem Gericht eine unterschriftliche Bestätigung des Telegramms noch beizubringen.

14) aZPO § 321; § 283 ZPO-TG sowie Art. 30 Abs. 1 OG.

15) § 131 Abs.2 GVG, worin generell eine Fristansetzung zur Verbesserung formell mangelhafter Eingaben statuiert wird.

Die Verwendung des Begriffes 'Berufung' ist nicht zwingend. Allgemein gilt, dass es weniger auf den Wortlaut als auf den Sinn, d.h. auf den in der Rechtsmittelerklärung geäusserten Willen ankommt. Es wird dem (allenfalls rechtsunkundigen) Appellanten nicht zugemutet, sich im betreffenden kantonalen Rechtsmittelsystem[16] auszukennen und so die einzig richtige Bezeichnung seiner Eingabe anzuführen. Wohl ist richtig,dass das Tätigwerden einer Partei auf einer gerichtlichen Entscheidung basiert, die regelmässig eine Rechtsmittelbelehrung aufweist[17]. Dennoch lehrt die Erfahrung, wie ungenau und flüchtig die Parteien diese Passagen lesen und noch weniger inhaltlich 'aufnehmen'. Dieses Abweichen von einer formalistischen Strenge, wie es bereits in den vorangegangenen Abschnitten zum Ausdruck kam, ist auch hier gerechtfertigt.

Die Berufung kann also auch ohne Anführung des Wortes 'Berufung' oder 'Appellation' rechtswirksam erklärt werden[18]. Auch eine versehentliche Bezeichnung als 'Beschwerde' oder als 'Rekurs' braucht der Erklärung nicht zu schaden[19]. Wesentlich und entscheidend wird immer sein, welche Absicht und welchen Willen die Partei mit ihrer Eingabe bekundet. So kann es u.U. sogar genügen, wenn das Nichteinverständnis und die Absicht, den Prozess zur Ueberprüfung weiterzuziehen, zum

---

16) per analogiam gilt das auch für die Bundesrechtspflege (vgl. Weiss S. 149).

17) § 157 Ziff. 12 GVG. Im Falle der Zustellung von Endentscheiden ohne schriftliche Begründung wird den Parteien angezeigt, dass sie innert 10 Tagen eine Begründung verlangen können. Es tritt also dieser Hinweis an die Stelle der Rechtsmittelbelehrung (§ 158 Abs. 1 GVG). Vgl. oben § 2 III 1.a).

18) N. 4 zu § 261 ZPO Komm. Sträuli/Messmer; Leuch, N. 1 zu Art. 339 ZPO-BE.

19) N. 18 vor § 259 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

Ausdruck kommt[20]. Inhaltliche Vorschriften hinsichtlich der Formulierung des Appellationswillens bestehen nicht. Den Parteien ist vielmehr eine gewisse Freiheit in ihrer Ausdrucksweise eingeräumt.

Es versteht sich von selbst, dass an den Anfechtungswillen minimal die Anforderungen zu stellen sind, welche es erlauben, konkret festzustellen, welches Urteil zwischen welchen Parteien von welchem Gericht unter welchem Datum gemeint ist[21].

Die bestimmte Bezeichnung dieser Punkte ist im kantonalen Recht selten ausdrücklich statuiert, doch ergibt sich dies aufgrund des allgemeinen Postulates nach hinreichender Bestimmtheit prozessualer Akte. Der Wichtigkeit dieser Minimalerfordernisse entspricht es, wenn vielfach noch die Einreichung des angefochtenen Urteilsexemplars gefordert wird[22].

3. In der Regel soll die Berufungserklärung bereits die Anträge für das Berufungsverfahren enthalten.

Sinn und Zweck der Berufungserklärung muss sein, die Adressaten dieser Erklärung rasch und umfassend dahin zu orientieren, wieweit das Urteil angefochten wird. Eigentlicher und unmittelbarer Empfänger ist die Einlegestelle, also das

---

20) Vgl. die grosszügige Auslegungspraxis des Thurgauer Obergerichts, dargestellt bei Müller S. 60

21) Das Bundesrecht sieht dies im Ingress zu Art. 55 OG ausdrücklich vor. Dies versteht sich ohne weiteres, sind doch die Urteile trotz der den kantonalen Instanzen hinsichtlich der Verfahrensgestaltung auferlegten bundesrechtlichen Minimalvorschriften (Art. 51 OG) von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich abgefasst.

22) Statt vieler: Art. 414 Abs.1 ZPO-SG; dies gilt für Zürich nur im Falle des Rekurses, der zwar zu grossen Teilen der Berufung nachgebildet worden ist, aber in diesem Punkt am Einreichen des angefochtenen Entscheides festhält (§ 276 Abs. 2 a.E.; § 340 aZPO).

rechtsprechende Gericht. Diese hat die Aufgabe und die Pflicht, den Prozessgegner umgehend über die seit Urteilsfällung eingetretene Lage zu orientieren. Der Prozessgegner soll raschestens wissen, in welchem Rahmen er sich vor Berufungsinstanz mit dem Appellanten auseinanderzusetzen haben wird. Wird die Stellung von Anträgen im Rahmen der Berufungserklärung vorgeschrieben, so fragt sich, ob dies in zwingender Form oder lediglich im Sinne einer Ordnungsschrift geschehen soll.

Sinnvoll ist die zwingende gesetzliche Anordnung m.E. immer dann, wenn - nach Zustellung des Doppels der Berufungserklärung an die Gegenpartei - von dieser unmittelbar ein Tätigwerden verlangt wird, d.h. wenn ihr die entsprechende gegnerische Parteihandlung nicht bloss zur Kenntnisnahme gebracht, sondern sie zur Stellungnahme aufgefordert wird. Wird hingegen die Stellung bestimmter Anträge schon in der Berufungserklärung im Sinne einer Ordnungsvorschrift[23] [24] angeordnet, so kann die Weiterleitung an den Prozessgegner nur orientierungshalber gedacht sein. Diese Orientierung dient dann der frühzeitigen Hilfe in der Vorbereitung auf die zu erwartenden Vorträge im Laufe des Berufungsverfahrens.

Im Zürcher Zivilprozess ist man vom mehr oder weniger extensiv angewandten Ordnungsprinzip des Berufungsantrages zusammen mit der Erklärung der Berufung zur strengeren Erfassung des Antrages als Kernstück der Berufung übergegangen. § 322 Abs. 1 aZPO lautete: "In der Berufungserklärung ist anzugeben, inwieweit das Urteil angefochten wird und welche Abän-

---

23) was also prozessuale Nachteile des Appellanten beim Fehlen von Anträgen ausschliesst.

24) Die nicht zwingende Anordung von Berufungsanträgen als inhaltliche Bestandteile der Berufungserklärung bildet im Schweizer Prozessrecht die Ausnahme.

derungen der Appellant beantragt ..."[25]. Bei der Vorbereitung des revidierten Gesetzes hat sich schliesslich die Auffassung durchgesetzt, die Berufungsfrist kurz zu halten[26] und dafür auf Stellung der Berufungsanträge schon mit der Berufungserklärung zu verzichten. Der Antrag ist jetzt gleichzeitig mit der Begründung zu stellen[27], was nicht nur zweckmässig, sondern auch sinnvoll erscheint, wächst doch der gute Antrag aus seiner Begründung heraus.

Mit dieser Neuordnung ist der Berufungsantrag zweifellos aufgewertet worden. Es dürfen jetzt auch strengere Massstäbe angelegt werden. Dem Antrag[28] als 'Klagebegehren' in zweiter Instanz ist damit die Bedeutung verliehen worden, die ihm als Kernstück der Berufung auch gebührt. Das moderne Prozessrecht tendiert zum Ausbau der Berufung i.S. eines vollausgebauten Verfahrens in zweiter Instanz und statuiert einen kurzen Berufungsakt mit anschliessender Berücksichtigung von je zwei Par-

---

25) Ebenfalls blossen Ordnungscharakter weisen die ähnlich lautenden Bestimmungen im st. gallischen und im thurgauischen Recht auf (Art. 414 ZPO-SG und § 283 Abs. 2 ZPO-TG). Im thurgauischen Zivilprozess umfasst die Einlegung der Berufung zwei Parteihandlungen. Zunächst hat die Kundgabe der Anfechtung des ergangenen Urteils (Interpositionserklärung) beim iudex a quo zu erfolgen, hierauf ist beim iudex ad quem die Erklärung abzugeben, ob und in welchem Umfang die eingelegte Berufung weiterverfolgt werden will (Durchführungserklärung). Fehlen konkrete Berufungsanträge in der Durchführungserklärung, so zieht diese Säumnis allenfalls Kostenfolgen nach sich; vgl. Müller S. 59 ff.
Analog ZPO-BE Art. 339 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 334 Abs. 1 und Art. 346 Abs. 1; vgl. Leuch, N. 2 zu Art. 346 ZPO-BE.

26) Die Berufungsfrist von 10 Tagen wurde beibehalten: § 320 aZPO, § 261 Abs. 1 ZPO.

27) § 264 Abs. 1 ZPO.

28) s. einlässlich unten § 7 II.

teivorträgen, in welchen grundsätzlich unbeschränkt neue Tatsachen[29] vorgebracht werden dürfen.

Das Bundesrecht hingegen sieht zwingend die Stellung von Berufungsanträgen und deren gleichzeitige Begründung im Rahmen der Berufungsschrift vor[30]. Folgerichtig wird von der Gegenpartei unmittelbar nach Empfang der - gemäss Art. 56 OG von der kantonalen Rechtsmittelinstanz innerhalb einer Woche weiterzuleitenden - Anträge des Berufungsklägers ein Tätigwerden verlangt. Innert einer Frist von 10 Tagen kann nämlich der Berufungsbeklagte seinerseits Abänderungsanträge stellen, d.h. Anschlussberufung erklären[31].

---

29) Vgl. unten § 8 II.

30) Art. 55 lit. b OG; Folge des fehlenden oder ungenügenden Antrags ist die Unwirksamkeit der Berufung (statt vieler: BGE 92 II 66).

31) s. einlässlich unten § 9 II.

§ 4 Die Suspensivwirkung

I. Grundsatz

Angestrebtes Ziel der Berufung ist die Abänderung des ergangenen Urteils. Eine wichtige, ja essentielle Eigenschaft dieses ordentlichen Rechtsmittels besteht in der Hemmung der Rechtskraft. Diese Wirkung nennt man Suspensiveffekt. Es wäre wenig sinnvoll, einen Entscheid auf die Gefahr hin zu vollziehen, dass er in zweiter Instanz aufgehoben oder abgeändert wird[1].

Die aufschiebende Wirkung der Berufung hat zunächst zur Folge, dass die Rechtskraft über die Berufungsfrist hinaus nicht eintreten kann. Die aufschiebende Wirkung hält solange an, bis über das Rechtsmittel entschieden ist oder dieses zurückgezogen wird. Auch die unzulässige Berufung hat diesen Effekt, welcher erst mit dem Nichteintretensentscheid der Rechtsmittelinstanz beseitigt wird[2]. Die Ausstattung der Berufung mit Suspensivwirkung war von alters her gegeben[3] und ist auch heute nicht bestritten.

Bedenken gegenüber dem automatischen Aufschub der Rechtskraft werden allerdings nie ganz zu entkräften sein. Sie greifen Platz, wenn es sich - notgedrungen oft erst nachträglich - herausstellt, dass die unterlegene Partei durch die Erklärung einer völlig unbegründeten Berufung darauf abzielt, Zeit zu gewinnen und die Entscheidung bzw. deren Voll-

---

1) Guldener S. 486 f.

2) N. 1 zu § 260 ZPO Komm. Sträuli/Messmer. Anders die bundesrechtliche Regelung gemäss Satz 2 in Art. 54 Abs. 2 OG.

3) Steiner S. 63

streckung hinauszuzögern[4]. Diese Gefahr der 'Rechtsaushöhlung' durch Zeitablauf zum Nachteil der obsiegenden Partei wohnt aber letztlich jedem längeren Verfahren inne, ungeachtet der Zahl der angerufenen Instanzen. Für den zeitlich beschränkten Verfahrensabschnitt des Ueberganges der Prozesssache von erster zu zweiter Instanz ist dieses Risiko von vergleichsweise geringer Bedeutung. In der Regel werden denjenigen Rechtsmitteln, die eine relativ lange Einlegefrist haben, keine aufschiebende Wirkung zuerkannt[5]. Eher verständlich werden die auf die Suspensivwirkung bezogenen Bedenken, wenn es sich um die Appellationsfristen unserer Nachbarländer handelt[6]. Es kann dann nicht mehr von einer vergleichsweise kurzen Zeitspanne gesprochen werden.

Im übrigen sollte hier eine konsequente Handhabung des Verbotes der bös- oder mutwilligen Prozessführung, welches aus dem Grundsatz des Parteiverhaltens nach Treu und Glauben hervorgeht, dafür sorgen, dass die obsiegende Partei nicht um die Früchte ihrer Anstrengungen gebracht wird[7].

---

4) Die Zeit kann zur Bereitstellung der zu zahlenden Forderungssumme verwendet werden; oder aber es kann inzwischen die Insolvenz erklärt werden!

5) Guldener S. 487. Als Ausnahme im schweizerischen Rechtsbereich ist Art. 54 OG anzuführen, welche Bestimmung für die bundesrechtliche Berufung eine Frist von 30 Tagen vorsieht. Innert dieser - bis September 1969 nur 20 Tage dauernden - Frist sind jedoch sowohl die Anträge zu stellen wie auch deren Begründung einzureichen (vgl. oben § 3 II 3 am Ende).

6) Deutschland: 1 Monat, Frankreich: 2 Monate, Italien: 3 Monate.

7) Konkrete Ausgestaltung hat der Gedanke der rascheren Durchsetzbarkeit des erstrittenen Rechts im Institut der Teilrechtskraft gefunden. Vgl. unten § 4 II 2

II. Umfang der Suspensivwirkung

1. Allgemeines

Den kantonalen Gesetzen ist keine grundsätzliche Bestimmung über den Umfang der aufschiebenden Wirkung zu entnehmen. Konsequenterweise stellt die Praxis auf die Berufungserklärung, d.h. auf diejenige Parteihandlung ab, die das Berufungsverfahren überhaupt einleitet[8]. Allgemein enthält die Berufungserklärung bereits die Begehren um Abänderung des angefochtenen Entscheids, also die Berufungsanträge. Der Prozessgegner hat ein Anrecht darauf, möglichst frühzeitig zu erfahren, welche Ansprüche oder welcher Teil eines Anspruches weitergezogen werden will. Es erscheint deshalb sinnvoll, dass die Suspensivwirkung, welche ja die obsiegende Partei belastet[9], sich umfangmässig an den gestellten Anträgen orientiert. Ist die Berufungserklärung ohne Stellung von Anträgen zulässig[10], so gilt die ganze Entscheidung als angefochten, und die Suspensivwirkung beschlägt notwendigerweise das ganze Urteil.

Mit Erklärung der Berufung wird die Rechtskraft des Urteils vollumfänglich gehemmt. Fraglich ist nun, wie lange diese Wirkung anhalten soll. Deren Dauer endet mit dem Abschluss des Verfahrens vor Berufungsinstanz, welcher Natur der Entscheid (Sach- oder Prozessurteil) auch sei. Immerhin sind bei berufungsfähigen Sachurteilen zweiter kantonaler Instanz die bun-

---

8) Vgl. oben § 3 II.

9) falls sie nicht selbständige Berufung einlegt.

10) § 261 ZPO.

desrechtlichen Bestimmungen zu beachten[11].

2. Umfang der Suspensivwirkung nach Stellung der Berufungsanträge

Die zunächst vollumfängliche Wirkung der Suspensivkraft verhindert den Eintritt der Rechtskraft des ganzen Erkenntnisses. Es ist dem kantonalen Prozessrecht anheimgestellt, den Zeitpunkt der Stellung von Berufungsanträgen zu regeln. Grundsatz ist die Angabe der genannten Begehren in der Berufungserklärung selbst[12]. Lässt es sich nun in jedem Falle rechtfertigen, die volle Suspensivkraft auch dann noch gelten zu lassen, wenn die Anträge nur auf Anfechtung eines Teils des Urteilsdispositives lauten? Oder hat ungeachtet der im Streite liegenden Ansprüche die umfangmässige Beschränkung der aufschiebenden Wirkung anhand der gestellten Berufungsanträge zu erfolgen? Diese Fragen sind besonders hinsichtlich des Scheidungsprozesses kontrovers[13].

Für reine Vermögensprozesse ist m.E. die Reduktion des Umfanges auf die angefochtenen Teile des Urteilsdispositives ohne weiteres zu bejahen. Dafür spricht die Praktikabilität und Durchsetzbarkeit eines Urteilsspruches; dies gilt im besonderen bei Entscheiden über mehrere Ansprüche, also bei Haupt- und Widerklage, Klagenhäufung oder bei teilbaren An-

---

11) Art. 54 Abs. 2 OG, worin klar zum Ausdruck gebracht wird, dass die bundesrechtliche Berufung das Eintreten der Rechtskraft als Voraussetzung zur Ergreifung von ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln nicht aufschiebt.

12) s. oben § 3 II 3

13) s. unten § 4 III 1 und 2

sprüchen[14], sofern von der unterlegenen Partei nur teilweise die auferlegte Verpflichtung angefochten wird. Die positivrechtliche Ausgestaltung einzelner kantonaler Prozessgesetze erlaubt es, die Stellung bzw. Nennung von Berufungsanträgen als blosse Ordnungsvorschrift auszustatten. Der volle Umfang der aufschiebenden Wirkung wird in diesen Fällen durch die Stellung oder Unterlassung von Berufungsanträgen nicht berührt[15]. Billigerweise darf aber dann diejenige Partei, welche pflichtbewusst frühzeitig Berufungsanträge stellt, nicht schlechter gestellt werden als die 'säumige' Partei, die wegen des Ordnungscharakters der Bestimmung keinerlei prozessuale Nachteile zu gewärtigen hat.

Um der Gefahr von schwer wiedergutzumachenden Nachteilen zu Lasten der obsiegenden Partei im Vermögensprozess einigermassen begegnen zu können, ist das Institut der Teilrechtskraft hinsichtlich der nicht angefochtenen Urteilspunkte unbedingt zu begrüssen. Die klagende Partei soll nicht durch einen künstlichen und nicht gerechtfertigten Schwebezustand an der Durchsetzung ihrer ausgewiesenen[16] Ansprüche gefährdet werden. In den angeführten Beispielen rechtfertigt sich die unbedingte Hochhaltung des Prozessstoffes als einer unteilbaren Einheit[17] jedenfalls nicht.

---

14) Untrennbar verbundene Ansprüche dürfen als Ausnahme angesehen werden.

15) § 322 Abs. 1 aZPO, dazu Komm. Sträuli/Hauser S. 461; Müller S. 69 f.; Leuch, N. 1 zu Art. 334 ZPO-BE (S.314).

16) und durch gegnerisches Parteiverhalten 'anerkannten' Ansprüche.

17) Vgl. unten für den Scheidungsprozess § 4 III 1 und 2.

3. Suspensivwirkung der Berufung von Streitgenossen

Hier ergeben sich keine besonderen Probleme, da in der Regel bezüglich des Ergreifens von Rechtsmitteln keine Unterschiede zwischen einfacher und notwendiger Streitgenossenschaft gemacht werden[18]. Bei einfachen Streitgenossen besteht für jeden unabhängig von den andern die Möglichkeit der Berufung. Da bei notwendiger Streitgenossenschaft die Ergreifung von Rechtsmitteln durch einen einzelnen nicht den Weiterzug des Prozesses als Ganzes zur Folge hat[19], so erwächst das Urteil für den nichtappellierenden Streitgenossen in Rechtskraft[20]. Hier hat schon die Berufungserklärung des einzelnen Streitgenossen deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass der Entscheid nur für seine Belange angefochten werden will[21].

---

18) s. oben § 2 I 2.

19) ausdrücklich § 39 Abs. 2 ZPO.

20) Ein wichtiger Vorbehalt gilt für Gestaltungsurteile, die wegen der Notwendigkeit einheitlicher Entscheidung und Urteilsvollstreckung gegen alle Beteiligten dem Aufschub der Rechtskraft unterliegen. Es ist dies eine Frage des materiellen Rechts, wieweit eine kraft Urteils entstehende Rechtsänderung gegenüber den wirklich beteiligten, aber prozessual nicht (mehr) einbezogenen Personen durchgesetzt werden kann. Vgl. Guldener S. 382 Anm. 80 a.

21) Bei mangelnder Deutlichkeit ist die Eingabe vom Appellanten auf richterliches Begehren hin zu präzisieren.

III. Besonderheiten im Scheidungsprozess

1. Anfechtung hinsichtlich des Hauptpunktes

Die Einheitlichkeit des Scheidungsverfahrens bringt es mit sich, dass der Scheidungspunkt bzw. dessen Abänderung in einer Mehrheit von Fällen eine Aenderung der Nebenfolgen bewirkt, weshalb die Anfechtung des Hauptpunktes zwangsläufig die Anfechtung der Nebenpunkte mitumfasst. Die obere Instanz befindet sich, wenn sie sich mit der Scheidung selber zu befassen hat, in der gleichen Lage wie das erstinstanzliche Gericht; aufgrund der Offizialmaxime besteht für die Beurteilung der Kinderfrage und der Wartefrist gemäss Art. 150 ZGB keine Bindung an die Anträge der Parteien. Diese der Parteidisposition entzogenen Nebenfolgen[22] werden im Falle des Weiterzuges des Scheidungspunktes von Amtes wegen zur Diskussion gestellt[23]. Ist vor Berufungsinstanz der Scheidungspunkt streitig, wobei von Haupt- und Widerklage noch wenigstens eine Klage im Streit liegt, so kann die Scheidung nach Bundesrecht nicht rechtskräftig werden, solange das Schicksal der einen Klage noch offen steht[24].

2. Anfechtung lediglich in Bezug auf die Nebenfolgen

Die Nichtanfechtung des Scheidungsurteils im Hauptpunkt bewirkt bei Klagegutheissung die Auflösung der Ehe. Die Scheidungsfrage als solche kann im Berufungsverfahren nicht mehr aufgerollt werden. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Ehe bereits als rechtskräftig geschieden zu gelten hat, solange im

---

22) s. unten § 6 IV 2.

23) Hinderling S. 234; Bühler S. 348 a.

24) BGE 84 II 468

kantonalen Berufungsverfahren noch deren Nebenfolgen Streitgegenstand bilden.

In der neuen Zürcher Zivilprozessordnung ist die Teilrechtskraft hinsichtlich der nicht angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Urteilsdispositives statuiert worden; für das Scheidungsverfahren ist keine Sonderbestimmung eingeführt worden[25].

Die zürcherische Praxis ging schon unter Geltung des alten Rechts von der Unabänderlichkeit der als Hauptpunkt eingereichten und beurteilten Scheidungsklage aus[26]. Die anhaltende vollumfängliche Wirkung der Suspensivkraft hatte jedoch zur Folge, dass das Urteilsdispositiv der Rechtsmittelinstanz auch die nicht angefochtenen Punkte der Vorinstanz formell zu wiederholen hatte.

Die Frage nach dem Umfang der Suspensivwirkung kann sich auch stellen, wenn eine Partei nach Fällung des erstinstanzlichen Scheidungsurteils stirbt. Tritt der Tod während der noch laufenden Berufungsfrist ein, so ist grundsätzlich die Berufungsfrist ein, so ist grundsätzlich die Rechtskraft hinsichtlich Ehe und Nebenfolgen aufgeschoben. Die Ehe ist somit durch Tod und nicht durch Scheidung aufgelöst worden[27]. Dies gilt - wie vorstehend ausgeführt - bei Anfech-

---

25) N. 4 zu § 260 und N. 6 ff. zu § 200 ZPO Komm. Sträuli/Messmer und dort angeführte Hinweise auf die bewegte Entstehungsgeschichte von § 260 ZPO. Ein Minderheitsantrag, der den Eintritt der Teilrechtskraft im Scheidungsprozess verhindern wollte, ist im Kantonsrat nur knapp (49 : 44) abgelehnt worden. Vgl. Prot. KR 1971 - 1975 Bd. VI S. 7316 f. und S. 7321 f.

26) ZR 50 Nr. 156 und ZR 70 Nr. 33

27) Guldener S. 391 f Anm. 123

tung des Scheidungspunktes; eine Lösung, die ohne weiteres zu befriedigen vermag. Wie weit aber reicht die aufschiebende Kraft, wenn im Berufungsverfahren nur noch die Nebenfolgen der Scheidung überprüft werden wollen?

Nach früherem zürcherischem Recht und umfassender Hemmung der Rechtskraft nach erfolgter Berufungserklärung hatte der Tod einer Partei den Wegfall des ganzen Scheidungsurteils (also auch hinsichtlich der nicht angefochtenen Teile) zur Folge[28]. Nach geltendem Recht tritt nun im Umfang der unangefochten gebliebenen Teile - und betreffe es den Hauptteil der Scheidungsklage - Teilrechtskraft ein, während beispielsweise der Streit um die Kinderzuteilung als gegenstandslos abgeschrieben wird[29].

Die Scheidung und die Gestaltung der Elternrechte sind der Natur nach eng und untrennbar miteinander verknüpft, so dass eine Auflösung der Ehe ohne gleichzeitige Regelung der Kinderzuteilung,des Besuchsrechts und der Unterhaltspflicht nicht ausgesprochen werden dürfte. Durch die zeitliche Verschiebung der Entscheidung über die Nebenfolgen nach u.U. längst beurteiltem Scheidungspunkt ist die vom materiellen Recht geforderte Einheitlichkeit der Beurteilung gefährdet, da der Zeitenlauf neue Umstände zutage fördern kann, die als Urteilsgrundlagen für die Nebenfolgen auch für die Beurteilung des Hauptpunktes von Bedeutung gewesen wären und die Entscheidung hierüber beeinflusst hätten[30]. Bühler tritt vehement für den

---

28) Walder (Prozesserledigung S. 97). Solange eine gültige Berufung vorliegt, hat der Tod eines Ehegatten in jedem Fall die Gegenstandslosigkeit des Scheidungsprozesses zur Folge.

29) N. 7 zu § 190 Komm. Sträuli/Messmer.

30) Bühler S. 397 a ff.

umfassenden Suspensiveffekt ein und verspricht sich davon auch die prozessfördernde Nebenwirkung, dass die Parteien, die geschieden werden wollen, ihre Auseinandersetzung über die Nebenfolgen eher zu beschleunigen trachten, wenn die Scheidung nicht vorzeitig schon rechtskräftig wird[31].

So wünschbar an sich die Gleichzeitigkeit der Regelung betreffend Scheidung und deren Nebenfolgen auch sein mag, sprechen doch praktische und prozessökonomische Gründe für die Abtrennung der nicht mehr im Streite liegenden Punkte des Scheidungsverfahrens.

Der eidgenössische Gesetzgeber hat in Art. 54 Abs. 2 OG den Suspensiveffekt 'im Umfang der Anträge' statuiert, sich also zwingend für die Teilrechtskraft entschieden. Zürich hat sich mit der Fassung von § 260 ZPO in die Reihe derjenigen Kantone gestellt, die eine Analogie des Umfanges der aufschiebenden Wirkung der kantonalrechtlichen Berufung zum entsprechenden bundesrechtlichen Rechtsmittel kennen. Die überwiegende Mehrzahl kantonaler Prozessgesetze hat sich für die Teilrechtskraft (ohne Ausnahmebestimmung für den Scheidungsprozess) entschieden[32]. Das materielle Bundesrecht verlangt hinsichtlich der mit der Rechtskraft anlaufenden materiell-

---

31) a.a.O. S. 401 a. Dies mag gelegentlich zutreffen. Doch mindestens ebenso häufig wird die beklagte Partei, ohne deren Zustimmung die überwiegend schuldige Klägerschaft nicht geschieden werden kann, ihren Widerstand ohne entsprechende finanzielle Zusicherungen nicht aufgeben. Die Unterhaltspflicht des Mannes während noch bestehender Ehe ist ja in der Regel höher als die entsprechende Leistung nach der Scheidung, so dass in diesen Fällen wenigstens die Ehefrau bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise kein grosses Interesse an rascher Erledigung des Scheidungspunktes haben kann.

32) Ausnahmen: GE, FR und SH.

rechtlichen Fristen[33] einheitliche verfahrensrechtliche Bestimmungen in den einzelnen Kantonen. Auch im Sinne des langfristigen Ziels der Harmonisierung kantonaler Prozessgesetze ist die im revidierten Zürcher Zivilprozess vollzogene Abkehr vom Verbot der Teilrechtskraft unbedingt zu befürworten.

Die Teilrechtskraft, die bei unangefochtenem Scheidungspunkt die Auflösung der Ehe als unabänderliches Faktum nach aussen[34] in Erscheinung treten lässt, trägt der nicht selten zu beobachtenden Entwicklung Rechnung, dass die Parteien sich schon lange vor Verfahrensbeginn völlig entfremdet sind und im Hauptpunkt auch Einigkeit besteht. Die Tatsache, dass in den Rechtsmittelinstanzen vielfach nur noch um rein wirtschaftliche Nebenfolgen gerungen wird, lässt das als Scheidungsprozess begonnene Verfahren zu einem reinen Vermögensprozess werden[35]. In der persönlichen und sittlichen Sphäre besteht dann bei rechtskräftig geschiedenen Parteien kein äusseres fadenscheiniges Eheband mehr, sondern es gilt die Diligenz bzw. Einhaltung von Treu und Glauben von 'gewöhnli-

---

33) Art. 103, 252 und 150 ZGB. Die Verneinung der Teilrechtskraft führt zu einer von der Sache her nicht vertretbaren Verlängerung der Wartefristen (Art. 252 ZGB: Ehelichkeitsvermutung, cf. Hegnauer Komm. N. 19 zu Art.252 ZGB).

34) Es erfolgt die Mitteilung an die Zivilstandsämter zur entsprechenden Abänderung der betroffenen Urkunden; vgl. Art. 130 der Verordnung über das Zivilstandswesen.

35) Grüebler a.a.O. S. 27, dem diese Aenderung 'im Gesicht' des Verfahrens nicht zu behagen scheint. Er befürwortet die umfassende Wirkung des Suspensiveffekts, da nur diese den letztinstanzlichen Klagerückzug (und damit die Rettung der Ehe) ermögliche. M.E. werden aber innerlich von der ehelichen Bindung überzeugte Parteien nicht zögern, sich nach erfolgter Scheidung wieder zu verheiraten. Zur Frage der Berufung zum Zwecke des Rückzugs der Scheidungsklage (s. oben § 2 II 5.a).

chen' Prozessparteien. Dies kann der Sache im Hinblick auf eine beförderliche, sachliche und von Emotionen befreite Erledigung sicher nicht abträglich sein.

§ 5 Die Devolutivwirkung

I. Grundsatz

Die vollkommenen Rechtsmittel, also auch die Berufung, werden den Parteien vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellt, um eine ergangene Entscheidung durch eine übergeordnete Instanz überprüfen und gegebenenfalls verbessern zu lassen. Fragen, ob die angefochtene Entscheidung auf Fehlern im Verfahren (error in procedendo) oder auf solchen in der Entscheidung selbst (error in iudicando) beruhen, kann die Rechtsmittelinstanz freier und unbefangener prüfen als eine Instanz, deren Auffassung sich schon in Urteilsform niedergeschlagen hat. Das Gebot der gleichmässigen Rechtsanwendung und somit die Rechtseinheit im Staat wird am besten durch die Schaffung eines höheren, d.h. zentralen obersten Gerichts gewährleistet[1]. Mit der Berufung wird die Sache automatisch an die obere Instanz 'überwälzt' d.h. devolviert. Unter Devolutiveffekt ist damit der entsprechende Weiterzug, den das Rechtsmittel bewirkt, gemeint; die Streitsache wird vom einen Gericht an das unmittelbar übergeordnete überwälzt.

Mit der Einreichung der Berufung wird die Rechtshängigkeit beim Obergericht (bzw. Kantonsgericht) und damit dessen Kognitionsbefugnis begründet. Ueber den Devolutiveffekt wird in den kantonalen Prozessgesetzen wenig ausgeführt. Allgemein kann gesagt werden, dass dieser Begriff notwendigerweise als Eigenschaft der Berufung[2] gilt. In grundsätzlicher Hinsicht ergeben sich im schweizerischen Prozessrecht keine Schwierig-

---

1) Guldener S. 484

2) Das gilt auch für die Berufung ans Bundesgericht, vgl. Birchmeier S. 196.

keiten, kennen doch alle Kantone eine obere Rechtsmittelinstanz, die mit den Befugnissen eines Berufungsgerichtes ausgestattet ist. Hingegen ergeben sich Weiterungen bezüglich Dauer und Umfang der Devolutivwirkung.

II. Dauer des Devolutiveffekts

Mit der Ueberwälzung des Rechtsstreites auf die zweite Instanz stellt sich die Frage des Eintritts der Rechtshängigkeit beim Berufungsgericht. Der Beginn der Devolutivwirkung fällt mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit bei der Rechtsmittelinstanz zusammen[3]. Praktische Konsequenzen daraus ergeben sich allerdings nur bezüglich des Rückzugs des eingelegten Rechtsmittels. Im zürcherischen Prozessrecht wird die Klage mit Einreichung der Weisung des Friedensrichters beim Gericht anhängig gemacht; ausgenommen sind die Fälle, in welchen kein Sühneverfahren vorgesehen ist, also die direkte Klageerhebung möglich ist[4]. Die Einlegestelle der Berufung ist der iudex a quo und nicht, wie bei Einleitung des Prozesses, der iudex ad quem; es liegt hier erst ein zu beurteilendes, dort aber ein bereits beurteiltes Rechtsbegehren vor.

Lehre und Praxis sehen für den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit in zweiter Instanz keine bestimmten Regeln vor, so dass die allgemeinen Vorschriften in analoger Weise anwendbar sind. Demnach führt die fristgerechte Berufungs-

---

3) Schaufelberger S. 60

4) §§ 102 ff. ZPO.

erklärung beim iudex a quo zum Eintritt des Devolutiveffekts[5]. Unrichtig wäre es, auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Berufungsinstanz tatsächlich in die Lage kommt, den Prozess zu beurteilen, d.h. das Datum der Uebermittlung der Akten für massgeblich zu erklären[6].

Der Devolutiveffekt bewirkt formell, dass die untere Instanz mit Eingang der Berufungserklärung ihre Zuständigkeit in der betreffenden Streitsache verliert. Sie ist gehalten, innert Frist die Prozessakten der oberen Instanz zu überweisen, damit diese überhaupt ihre Kognitionsbefugnis wahrnehmen kann. Für das bundesrechtliche Verfahren ist Art. 56 OG massgebend.

Die neue Zürcher Zivilprozessordnung hat das Zulassungsverfahren folgerichtig der Berufungsinstanz übertragen. Richtigerweise muss die Zulassung zu den Prozessvoraussetzungen gezählt werden, deren Prüfung von jedem Gericht, also auch von den Rechtsmittelinstanzen, von Amtes wegen vorzunehmen ist[7]. Der Vorinstanz sind gemäss § 262 ZPO nur noch Berichte, nicht aber Beschlüsse betreffend Zulässigkeit der Berufung übertragen.

---

5) Nicht zutreffend ist dies für den Kanton Thurgau, der zur formgerechten Erhebung der Berufung ein zweistufiges Verfahren kennt, nämlich: Berufungserklärung beim iudex ad quem (vgl. Müller S. 52 und 60 ff.). Vgl. oben § 3 II 3 Anm. 25.

6) a.M. Steiner S. 71; ZR 34 Nr. 42

7) Guldener S. 228. § 323 aZPO erwies sich streng genommen als systemwidrig, indem die Zulassung der Berufung der unteren Instanz übertragen war, also eine funktionelle Zuständigkeit bis zur Beschlussfassung fingiert werden musste.

Kraft der Devolutivwirkung sind Parteierklärungen unmittelbar nach erfolgter Erklärung der Berufung nur noch an die Rechtsmittelinstanz zu richten. Prozesshandlungen dürfen von der unteren Instanz mangels Zuständigkeit nicht mehr ausgeführt werden. Die starre Anwendung dieses formellen Grundsatzes würde aber in zahlreichen Fällen zu unzumutbaren Ergebnissen führen. So wird als Hauptfall ein an die Vorinstanz gerichteter Rückzug der Berufung ohne weiteres weitergeleitet. Es wird auch einer rechtskundigen Partei nicht ohne weiteres verständlich sein, dass unmittelbar nach Eingang der Berufungserklärung beim urteilenden Gericht dieses für den Rückzug des eben eingelegten Rechtsmittels nicht mehr zuständig sein soll; es gilt doch zu bedenken, dass die obere Instanz sich erst nach Erhalt der Prozessakten als Adressat von Parteierklärungen[8)] eröffnen wird. Was für die Einreichung der Berufung gilt, muss a fortiori auch für den Rückzug gelten: bei irrtümlich an eine unzuständige Gerichtsstelle adressierten Eingaben ist die Weiterleitung von Amtes wegen durchzuführen[9)].

III. Umfang und Natur des Devolutiveffekts

Der Umfang des Devolutiveffekts beurteilt sich nach den gleichen Kriterien, wie sie für die Suspensivwirkung Geltung haben. Dies gilt sowohl für die kantonal- wie auch für die bundesrechtliche Berufung. Als Regel ist von der umfassenden Uebertragung der Streitsache an die Berufungs-

---

8) Beispielsweise in Form von Fristansetzungen für Eingaben im Berufungsverfahren.

9) s. oben § 3 I 2

instanz auszugehen, sofern die Berufungserklärung nicht zwingend mit der Stellung von Anträgen zu versehen ist. Ergibt sich in der Folge, dass nur ein Teil des Dispositivs angefochten wird, so wird auch die devolutive Wirkung entsprechend eingeschränkt. Die Teilrechtskraft lässt auch eine entsprechende Reduktion des der Berufungsinstanz übertragenen Prozessstoffes eintreten. Als Regel gilt also : "Quantum appellatum, tantum devolutum" [10].

In Analogie zur Suspensivwirkung entfaltet auch die unzulässige Berufung vollen devolutiven Effekt. Das Ende dieser Wirkung tritt in diesem Fall mit dem Entscheid über die Zulassung ein. Das Berufungsgericht stützt sich dabei auf den von der Vorinstanz einzureichenden Bericht, der sich über die Fristenwahrung, den Streitwert und eine allfällige Kautionspflicht auszusprechen hat[11]. Mit der Feststellung der Unzuständigkeit, d.h. dem Nichteintretensbeschluss, endet der Devolutiveffekt[12].

---

10) Kummer, ZPR S. 174

11) § 262 ZPO.

12) Im Falle eines Vorurteils im Sinne von § 189 ZPO ergibt es sich zwangsläufig, dass die Devolutivwirkung bis zur Zulässigkeit nur provisorischen Charakter hat. Mit dem Vorurteil ist also eine wichtige Vorfrage oder Einrede entschieden worden, um das Verfahren zeit- und kostenmässig zu entlasten. Mit dem Nichteintretensbeschluss der Rechtsmittelinstanz lebt die Zuständigkeit der unteren Instanz in diesem Fall automatisch wieder auf. Aus diesen Gründen wird die erste Instanz mit der Ausfällung nicht rechtsmittelfähiger Vorentscheide (hinsichtlich Berufung und Rekurs) Zurückhaltung üben. Vgl. oben § 1 I 3.

Wird die Berufung zugelassen, so tritt die Berufungsinstanz ohne weiteres materiell auf die Streitsache ein und fördert das Verfahren bis zur Urteilsfällung in der Sache selbst. Die devolutive Wirkung endet mit der Ausfällung des Endentscheides der Rechtsmittelinstanz, unabhängig davon, ob dieser reformatorischer oder kassatorischer Natur sei. Wird nämlich das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung zurückgewiesen, so endet der Devolutiveffekt mit dieser Rückweisung in gleicher Weise, wie wenn von der Rechtsmittelinstanz in der Sache selbst entschieden worden wäre.

Da das Verfahren nach der Rückweisung als Fortsetzung des erstinstanzlichen, und nicht des Rechtsmittelverfahrens[13] betrachtet werden muss, kann die Devolutivkraft nicht absolut wirken. Sie hat für die erste Instanz insoweit provisorischen Charakter, als ihre Zuständigkeit im vorerwähnten Fall wieder aufleben wird[14]. Wiedereintritt der Devolutivwirkung kann mit

---

13) Hasler a.a.O. S. 15 f.
Daran ändert auch nichts, dass der zurückgewiesene Prozess aus administrativen Gründen von der ersten Instanz mit einer neuen Geschäftsnummer versehen wird.

14) Vgl. oben § 5 III Anm. 12

erneuter Berufung gegen das neue Urteil der unteren Instanz entstehen[15].

---

15) gl.M. Müller S. 73

2. Teil: Der Berufungsantrag und seine Begründung

§ 6 Die Parteidisposition

I. Die Dispositionsmaxime

Es entspricht einem Grundzug des Zivilprozessrechts, dass die Einleitung des Verfahrens, das Aufstellen der Rechtsbehauptung[1], Sache der Parteien ist. Das Gericht wird nur auf Begehren des sein Recht suchenden Klägers hin tätig. Ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore[2]. Es liegt an der klagenden Partei, Beginn und Ende eines prozessualen Verfahrens zu bestimmen. Diese parteimässige Verfügungsmacht[3] (über den der Rechtsbehauptung zugrunde liegenden Anspruch) beinhaltet, dass um gerichtliche Durchsetzung desselben nachgesucht oder darauf verzichtet werden kann. Die einmal rechtshängig gewordene Klage kann grundsätzlich jederzeit sowohl ganz oder teilweise zurückgezogen, als auch vom Beklagten ganz oder teilweise anerkannt werden.

Ferner kommt die wichtige Stellung der Parteien, d.h. vor allem der klagenden und deren Einfluss auf das prozessuale Verfahren, dadurch zum Ausdruck, dass sie das Thema des Prozesses bestimmen.Diese Befugnis bedeutet die eigentliche Disposition;

---

1) d.h. die angestrebte Rechtsfolge. Kummer, ZPR S. 88. Guldener scheint unter 'Rechtsbehauptung' eher den der Klageerhebung innewohnenden 'Angriff' gegen den Beklagten zu verstehen; a.a.O. S. 195 f.

2) § 91 aZPO lautete: "Niemand kann gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen oder früher als er will, geltend zu machen". Darin wurde das aus dem Dispositionsprinzip herrührende Verbot der Klageprovokation umschrieben.

3) Sie reicht nicht weiter als die vom materiellen Privatrecht her gegebene Verfügungsfreiheit.

sie entspricht dem Kern der Dispositionsmaxime. Die Parteien legen mit ihren Rechtsschutzbegehren den Umfang und die Grenzen des vom Richter zu beurteilenden Prozessstoffes fest. Die Sammlung des Tatsachenmaterials, d.h. die Darlegung der für die Beurteilung des Streits erheblichen Tatsachen[4] und die Bezeichnung der erforderlichen Beweismittel, ist Recht und Pflicht der Parteien. Die Klage muss erkennen lassen, welche Leistung von der beklagten Partei verlangt wird oder welches Recht oder Rechtsverhältnis durch den gerichtlichen Entscheid festgestellt oder geändert werden soll[5]. Das Begehren des Beklagten soll deutlich zum Ausdruck bringen, in welchem Umfang - ganz oder teilweise - der klägerische Anspruch bestritten werden will.

II. Der Grundsatz der Bindung des Richters an die Parteianträge

1. Allgemeines

Nach diesem Grundsatz darf der Richter dem Kläger nicht mehr oder anderes zusprechen als dieser selbst beantragt oder der Gegner anerkannt hat[6]. Auch der beklagten Partei kann nur dann etwas zu ihren Gunsten zuerkannt werden, wenn sie ein entsprechendes Begehren geltend gemacht hat; will sie mehr als die blosse Abweisung der Klage erreichen, so hat sie Widerklage zu erheben. Daraus folgt, dass das Rechtsbegehren so zu formulieren ist, dass es bei vollständiger Gutheissung

---

4) Das beruht auf dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime.

5) Entsprechend den drei Klagearten: Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklage.

6) Ne eat iudex ultra petita partium.

zum Inhalt des Urteilsdispositivs gemacht werden und ohne weitere Verdeutlichung auch vollstreckt werden kann[7]. Bei Leistungsklagen gehört dazu die Bezifferung des geforderten Geldbetrages. § 61 Abs. 2 ZPO lässt zwar die Erhebung einer unbezifferten Forderungsklage zu, doch ist der Anspruch spätestens nach Durchführung des Beweisverfahrens zahlenmässig zu konkretisieren.

2. Ausnahmen

Der Grundsatz der richterlichen Bindung an die Parteianträge erleidet in mehrfacher Beziehung gewichtige Ausnahmen, die vom Einfluss des materiellen Privatrechts herrühren.

Es gibt Anwendungsfälle, in welchen eine objektive Unmöglichkeit für den Berechtigten besteht, die Anspruchsart schon vor dem Urteil zu kennen; die Umschreibung des Anspruchs ist dann dem richterlichen Ermessen überlassen[8]. Dies gilt beispielsweise bei Schadenersatzprozessen, in welchen der Richter den vom Kläger anbegehrten Schadenersatz in Form einer Rente oder als Kapital zusprechen kann[9]. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass diesfalls keine richterliche Bindung an den Parteiantrag Platz greifen kann, ergäbe sich doch andernfalls die faktische Unmöglichkeit der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche[10].

---

7) N. 5 zu § 100 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

8) Art. 4 ZGB.

9) Art. 43 OR.

10) Meier S. 39. Es bedarf keiner weiteren Erörterung darüber, dass das kantonale Prozessrecht keine Anforderungen an den Inhalt des Rechtsbegehrens stellen darf, die die Verwirklichung bundesrechtlicher Ansprüche verhindern oder verunmöglichen.

Eine Sonderstellung nimmt die Erbteilungsklage ein; sie ist eine doppelseitige Klage, d.h. eine actio duplex. Notwendigerweise kann der Richter gar nicht anders teilen, als dass er allen Erben etwas zuweist, da jede Partei zugleich Kläger und Beklagter ist. Einem Erben kann auch etwas zugesprochen werden, wenn er sich gar nicht auf den Prozess eingelassen hat[11]; mithin dessen prozessuale Disposition gar nicht erkennbar geworden ist.

Es ist den Erben in vielen Fällen nicht möglich, ihre Anträge bei Prozessbeginn qualitativ und quantitativ zu konkretisieren, da gerade die Feststellung von Art und Umfang der einzelnen Ansprüche der richterlichen Rechtsfindung anheimgestellt wird. Analoges gilt für die Klage auf Aufhebung des Miteigentums (Art. 651 ZGB) und für die Grenzscheidungsklage (Art. 669 ZGB).

Was für die Anspruchsart gesagt worden ist, gilt in gleichem Masse auch für die Anspruchshöhe. Es ginge aber zu weit, wollte man die Partei bei Einleitung eines Prozesses generell von der Substanzierungspflicht befreien. Diese ist vielmehr differenziert zu betrachten. Gerade bei dem - von der Verhandlungsmaxime beherrschten - Erbteilungsprozess kann es nicht Aufgabe des Richters sein, dem Kläger die für die Feststellung des Nachlasses notwendigen Abklärungen abzunehmen. Dazu ist der Richter aufgrund des erwähnten Verfahrensgrundsatzes vielfach gar nicht in der Lage[12].

Dem Erbteilungskläger ist bei der Vorbereitung und Einleitung des Verfahrens zuzumuten, sich der vom Bundesrecht zur Verfügung gestellten Erkenntnisquellen für die Ermittlung

---

11) Guldener S. 149

12) Vgl. W. Hecht (in ZSR n.F. Bd. 69, 1950 S. 395), der den Grundsatz der Offizialmaxime in manchen Erbteilungsfällen als notwendig erachtet.

des Nachlasses[13] zu bedienen, um sich über dessen Umfang hinreichende Klarheit zu verschaffen. Verzichtet er auf diese Hilfsmittel und stellt ein unsubstanziertes Rechtsbegehren, so kann von einer Vereitelung des Anspruches auf Erbteilung nicht die Rede sein, wenn der Richter auf sein generelles Rechtsbegehren nicht eintritt[14]. Anders verhält es sich nur, wenn die Annahme begründet ist, dem Kläger wäre auch mittels der genannten Möglichkeiten die wertmässige oder gegenständliche Umschreibung des Nachlasses verwehrt geblieben.

3. Besonderheiten in familienrechtlichen Verfahren

Besondere Bedeutung kommt auch in den familienrechtlichen Verfahren dem Bundesrecht[15] zu, das in der Zürcher Zivilprozessordnung stillschweigend vorbehalten wird; der Inhalt der Offizialmaxime wird nicht mehr im Gesetz wiederholt[16]. Die Offizialmaxime umschreibt die richterliche Einwirkung auf die den Parteien zukommende Verfügungsfreiheit über den eingeklagten Anspruch einerseits und die richterliche Betei-

---

13) Auskunftspflicht der Miterben gemäss Art. 607 Abs. 3 und Art. 610 Abs. 2 ZGB, Begehren um Aufnahme eines amtlichen Nachlassinventars gemäss Art. 553 Ziff.3 ZGB.

14) Vgl. P. Steiner (in SJZ Bd. 74 1978 S. 165 ff.), der sich kritisch zu BGE 101 II 41 ff. äussert, nach welchem Entscheid von Bundesrechts wegen das Begehren auf gerichtliche Feststellung des Nachlasses ausreichen soll.

15) Ausserhalb des Familienrechts hat der Bundesgesetzgeber auch im Arbeitsvertragsrecht ins kantonale Prozessrecht eingegriffen und in Art. 343 Abs. 4 OR die Offizialmaxime eingeführt.

16) N. 1 vor § 196 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

ligung an der Zusammenstellung des Prozessstoffes anderseits[17]. Sie beschlägt den Bereich derjenigen Rechtsverhältnisse, die nicht durch private Rechtsgeschäfte bewirkt werden können, mithin also den Bereich, der der privaten Verfügungsgewalt entzogen ist.

Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 136 ZGB für das Ehenichtigkeitsverfahren und in Art. 158 ZGB für das Ehescheidungs- bzw. Ehetrennungsverfahren eine Reihe von Vorschriften aufgestellt, deren Minimalforderungen die Kantone zu einer eingeschränkten Offizialmaxime verpflichten[18].

Die Vorschrift von Art. 158 Ziff. 1 ZGB beinhaltet, dass keine Bindung des Richters an Zugeständnisse der beklagten Partei über tatsächliche Behauptungen des Gegners besteht, welche zur Begründung der Scheidungsklage dienen. Es beruht dies auf dem schon bei der Behandlung der Beschwer festgestellten Gedanken der prozessualen Formstrenge in favorem matrimonii[19]. Ferner sind Parteierklärungen irgendwelcher Art für den Richter nicht verbindlich (Art. 158 Ziff. 3 ZGB).

Die Praxis hat diese etwas missverständlich abgefasste Vorschrift dahin präzisiert, dass sie nur für tatsächliche Erklärungen hinsichtlich des Prozessstoffes, nicht aber für Verfügungshandlungen bezüglich des eingeklagten Anspruchs gelte. So soll über die Rechtsbegehren, Rückzugs- oder Rechtsmittelverzichtserklärungen der Parteien nicht hinweggegangen werden[20]. Kraft Bundesrecht kann der Richter die

---

17) Walder, Offizialmaxime S. 6 und 9 ff.

18) Bühler, ZSR N.F. 74 II S. 323 a.

19) s. oben § 2 II.

20) BGE 42 II 547; Bühler ZSR S. 347 a. Vgl. auch Walder, Offizialmaxime S. 42 f. und oben § 4 III.

Trennung aussprechen, auch wenn auf Scheidung geklagt wurde (Art. 146 Abs. 3 ZGB), nicht aber auf Scheidung, wenn lediglich Trennung verlangt worden war[21]. Die Trennung stellt sich als ein Minus[22] gegenüber der durch Scheidung bewirkten vollständigen Auflösung der Ehe dar.

III. Die Parteidisposition im Berufungsverfahren

Das vorstehend Gesagte gilt zunächst einmal für das Verfahren vor erster Instanz, doch - mutatis mutandis - auch für das Rechtsmittelverfahren. Gemeint ist insbesondere, dass je nach Ausgang des vorangegangenen Prozessstadiums die Rollenverteilung (Kläger c. Beklagter; Beklagter = Rechtsmittelkläger c. Kläger = Rechtsmittelbeklagter im Sinne eines Beispiels) anders sein kann.

Es gilt also auch hier, dass das Gericht erst auf Begehren der rechtssuchenden, d.h. der nach Verbesserung des Urteils trachtenden Partei tätig wird. Der erstinstanzlichen Klage entspricht hier das Rechtsmittel bzw. der Rechtsmittelantrag. Dem Grundsatz der Bindung des Richters an die Parteianträge entsprechend darf nur innerhalb der Berufungsanträge Recht gesprochen werden. Der Rechtsmittelkläger hat genau anzugeben, wie und in welchem Rahmen der angefochtene Entscheid

---

21) Immerhin kann u.U. die kantonale Gesetzgebung es dem Kläger gestatten, im Laufe des Verfahrens von der minderen Trennungsklage auf die weitergehende Scheidungsklage überzugehen. Dies ist dann die rein prozessuale Frage nach der Zulässigkeit einer Klageänderung. S. unten §§ 8 II und 10 II.

22) Vgl. für den Bereich des Obligationenrechts: Art. 49 Abs. 2: Art der Genugtuung; Art. 205 Abs. 2: Wandelung oder Minderung.

abzuändern sei[23].

Das Verbot der reformatio in peius besagt, dass der Rechtsmittelkläger (Appellant) durch die Entscheidung der Berufungsinstanz nicht schlechter gestellt werden soll, als es durch das angefochtene Urteil geschehen ist. Will die Gegenpartei ihrerseits eine Verbesserung der vorinstanzlich festgestellten Rechtslage erreichen, so muss sie selbständig die Berufung erklären. Tut sie dies nicht, etwa weil sie eigentlich zuwarten und erfahren will, in welchem Umfang der Prozessgegner die ergangene Entscheidung anfechten will, so hat sie - nach den meisten kantonalen Zivilprozessordnungen wie auch nach der bundesrechtlichen Regelung[24] - die Möglichkeit, sich dem gegnerischen Rechtsmittel anzuschliessen, d.h. die Anschlussberufung zu erklären. Der Berufungsbeklagte[25] wird damit in eine Stellung versetzt, wie "wenn er selbst die Berufung eingelegt hätte" [26], mit dem wesentlichen Unterschied allerdings, dass seine Begehren nur anhand genommen und geprüft werden können als und solange über die Hauptberufung zu befinden ist. Die Bedeutung dieser Abhängigkeit kommt beispielsweise dadurch zum Ausdruck, dass auf eine nach Klagerückzug im Scheidungsprozess durch die Gegenseite eingereich-

---

23) So kann ein vor erster Instanz gänzlich unterlegener Kläger sich mit der Weiterverfolgung eines Teils seines Anspruchs begnügen; z.B. ein Anspruch aus mehreren Dienstleistungen, die sich unterschiedlich gut begründen bzw. belegen lassen. Vgl. oben § 1 I 3 b.

24) Als Ausnahme etwa die CPC des Kantons Waadt, die die Anschlussberufung nicht kennt, hingegen im Bund: Art. 59 OG.

25) Vgl. im besonderen unten § 9 I und II.

26) Vgl. die Fassung von § 333 am Ende von Abs. 1 aZPO (Sträuli/Hauser a.a.O. S. 467 f.).

te Anschlussberufung (oder Widerklage) nicht mehr eingetreten wird[27].

Der grundsätzlichen Verfügungsmacht der Parteien über den eingeklagten Anspruch entspricht es, dass sie auch in zweiter Instanz den Endpunkt des Verfahrens bestimmen können. So kann der Berufungskläger (Appellant) bis zur Erledigung der Streitsache durch das Obergericht das Rechtsmittel jederzeit zurückziehen; er wird dies tun, wenn ihm die angestrebte Verbesserung der Rechtslage zu seinen Gunsten als aussichtslos erscheint und er sich mit dem angefochtenen Entscheid abzufinden anschickt. Auch die vergleichsweise Erledigung der Streitsache ist - in Vermögensprozessen - auch noch in der Rechtsmittelinstanz möglich. Ebenso kann die Klage im zweiten Verfahrensstadium anerkannt werden. Soweit die Verfügungsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand gegeben ist, ist die Anerkennung des gegnerischen Anspruches möglich. Diese Erklärung bedeutet, dass auf die richterliche Untersuchung der eingeklagten Rechtsbehauptung einseitig verzichtet werde[28]. Hingegen kann ein gegnerisches Rechtsmittel nicht rechtswirksam anerkannt werden[29].

IV. Die Parteidisposition im Scheidungsverfahren

1. Hauptpunkt (Scheidungsgrund)

Dem Scheidungskläger steht die freie Verfügung darüber zu,

---

27) ZR 58 Nr. 170; ZR 48 Nr. 70; N. 7 zu § 266 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

28) Für Einzelheiten und zur Rechtsnatur der Klageanerkennung Huber S. 17 ff.

29) Guldener S. 500; N. 15 vor § 259 ZPO Komm. Sträuli/Messmer. Eventuell ist mittels richterlicher Fragepflicht die Tragweite der entsprechenden Parteiäusserung abzuklären.

auf welche tatsächlichen Klagegründe er seine Klage[30] stützen will. Er ist somit auch frei, diejenigen Gründe zu verschweigen, die ihm nicht opportun scheinen; einziges Risiko dabei ist, dass das Gericht die vorgebrachten Gründe für nicht stichhaltig erachtet und die Klage abweist. Der Kläger kann mithin seine Klage auf einen bestimmten gesetzlichen Scheidungsgrund[31] ausrichten, ohne dass er die entsprechende Bestimmung anzurufen braucht. Ob eine allfällige rechtliche Erörterung der Partei zutrifft oder nicht, ist Sache des Richters, der von Amtes wegen den massgebenden Sachverhalt feststellt und unter die zutreffende gesetzliche Bestimmung subsumiert. Auch im Scheidungsverfahren steht der Richter den Parteivorbringen in rechtlicher Hinsicht nicht anders gegenüber als in den vermögensrechtlichen Streitigkeiten[32]. Es gilt der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung: iura novit curia[33]. Nach dem Gesagten ist es auch möglich,dass sich die Parteien über die Beschränkung des dem Gericht zu unterbreitenden (scheidungsbegründenden) Tatsachen- und Beweismaterials vereinbaren. So können sie sich darüber absprechen, dass ein Ehebruch als Scheidungsgrund nicht geltend gemacht werden dürfe. Anderseits wäre ein übereinstimmender Verzicht auf Geltendmachung einer scheidungshemmenden

---

30) Ueber die Befugnis der Klageänderung im zweitinstanzlichen Verfahren s. unten § 10 B II.

31) Erfüllt der gleiche Sachverhalt sowohl den allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung als auch einen besondern Scheidungsgrund, so findet der besondere Scheidungsgrund Anwendung (Hinderling S. 99).

32) Bühler S. 349 a.

33) Meier (S. 115 f.) im einzelnen und mit Darstellung betreffend Zulässigkeit der Parteidisposition über die Scheidungsgründe in Literatur und Praxis.

Tatsache (Zustimmung oder Verzeihung des beleidigten Ehegatten) nicht zulässig.

Der Scheidungsanspruch eines Ehegatten steht diesem um seiner Persönlichkeit willen zu und ist unverzichtbar[34]. Wenn dieser nun im Rahmen seiner Klage unter Anrufung des Art. 142 ZGB einen Sachverhalt vorbringt, der zweifelsfrei unter Art. 137 ZGB zu subsumieren ist, so hat er keinen Anspruch darauf, dass nun die Ehe gestützt auf seiner Bezeichnung des allgemeinen Scheidungsgrundes aufgelöst werde. Es ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er das Scheidungsbegehren nur für den Fall stelle, dass die (von ihm) angerufene Gesetzesnorm zur Anwendung gelange[35]. Erklärt er hingegen seinen ausdrücklichen und bedingungslosen Verzicht auf die Berücksichtigung des den Ehebruch begründenden Tatsachenmaterials und folglich auf die Rechtsanwendung des Art. 137 ZGB, so kann er zwar diesen bereits Prozessstoff bildenden Teil der Klagebegründung nicht mehr aus dem Verfahren eliminieren, da alles tatsächlich Vorgebrachte vom Richter nach Massgabe der Offizialmaxime zu würdigen ist. Immerhin ist aber ausgeschlossen, dass jener Sachverhalt entgegen dem Willen und der Disposition des klagenden Ehegatten zur Scheidung führe[36]. Wieweit das vorgebrachte Tatsachenmaterial zur Stützung einer Klage auf den allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung ausreichen wird, ist dann eine andere Frage; die klagende Partei oder

---

34) Bühler S. 349 a.

35) Guldener S. 568 Anm. 37. Die herrschende Meinung und das Bundesgericht lehnen eine Parteidisposition über die Scheidungsgründe grundsätzlich ab (statt vieler: Hinderling S. 207 f.).

36) Bühler S. 350 a; im Ergebnis gl. M. Meier (S. 117 und 118), der diese Parteidisposition unter den gegebenen Voraussetzungen von Bundesrechts wegen für zulässig hält.

- bei beidseitigem Scheidungswillen - beide Parteien tragen das Risiko, das zur richterlichen Auflösung ihrer Ehe Entscheidende nicht vorgebracht zu haben.

2. Nebenfolgen

Die Wahrung der Kindesinteressen erfordert, dass die Elternrechte bzw. deren Gestaltung nach Auflösung der Ehe gemäss Art. 156 ZGB der Parteidisposition entzogen sind. Es gilt hier mit besonderer Intensität die unbeschränkte Offizialmaxime. Der Richter ist weder an die vorinstanzlichen noch an die im Berufungsverfahren gestellten Parteianträge gebunden. Er hat von Amtes wegen, ohne Vorliegen eines Antrages zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Zuteilung der Kinder oder sogar für einen Entzug der elterlichen Gewalt[37] erfüllt sind.

Auch die Rechtsmittelinstanz hat die Kinderregelung offizialiter neu zu überprüfen; und zwar auch dann, wenn das Scheidungsurteil der ersten Instanz 'lediglich' im Scheidungspunkt angefochten wurde[38]. Besonderer Parteianträge bedarf es dazu nicht[39]. Dies gilt sowohl für die Zuweisung der Kinder wie auch für das Besuchsrecht und die Unterhaltsbeiträge, da Art. 156 ZGB eine notwendige Einheit bildet.

---

37) Art. 285 ZGB.

38) s. oben § 4 III. Ausgeschlossen ist die zweitinstanzliche Ueberprüfung der Kinderregelung dann, wenn die Scheidung selbst nicht und nur andere Nebenfolgen angefochten sind (Guldener S. 151 f., allerdings mit unzutreffender Kritik an ZR 60 Nr. 76).

39) a.M. Grüebler S. 42

§ 7 Anforderungen an den Berufungsantrag

I. Einleitung

Vorab ist festzuhalten, dass in dieser Arbeit der Berufungsantrag als der vom Berufungskläger in der Rechtsmittelinstanz weiterverfolgte Anspruch in prozessualer Form verstanden wird. Dieser Versuch einer Definition erfolgt deshalb, da die Gestaltung und der Umfang des Berufungsverfahrens hauptsächlich vom Prozessverhalten der appellierenden Partei, also des Berufungsklägers abhängt. Seine Berufungserklärung und die damit verbundenen Begehren im zweitinstanzlichen Verfahren bestimmen im Rahmen der Parteidisposition das Prozessthema. Mithin stellt sich jedenfalls der Antrag des Berufungsklägers als Berufungsantrag im engeren Sinne dar. Die Stellung des Berufungsbeklagten und dessen Anträge werden an anderer Stelle gewürdigt[1)].

II. Allgemeine Anforderungen

1. Grundsatz der Klarheit und Eindeutigkeit

Der Berufungsantrag unterliegt den allgemeinen Anforderungen hinsichtlich Klarheit und Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit aller Parteierklärungen. Als Willenserklärung im Prozess ist er von den gewöhnlichen privatrechtlichen Handlungen der Parteien abzugrenzen. Die prozessuale Willenserklärung ist auf einen bestimmten (prozessualen) Erfolg hin gerichtet; sie ist mithin abhängig vom Prozessgefüge, von der konkreten

---

1) s. unten § 9 I und II.

Rechtslage im Prozess. Der Rechtsmittelantrag ist ein Bezugsbegriff; er steht bestimmungsgemäss in engstem Zusammenhang mit der angefochtenen Entscheidung. Der ergangene Entscheid wiederum knüpft an die prozessuale Stellungnahme der Partei in der betreffenden Instanz an[2]. Die Minimalforderung nach Bestimmbarkeit des Berufungsantrages bedeutet, dass der Antrag zusammen mit seiner Begründung der Auslegung zugänglich sein muss (so § 264 Abs. 2 ZPO) [3].

Formell ist ein ausformuliertes unbedingtes[4] Begehren entsprechend dem Rechtsbegehren bei Prozesseinleitung zu stellen. Wie schon erläutert gibt es Fälle, in denen die Stellung von genau bestimmten Anträgen wegen unsicherer tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse den Parteien nicht zugemutet werden kann. Diese Privilegierung kann vor Rechtsmittelinstanz nicht mehr ohne weiteres angehen, liegt doch seit Anhängigmachung der Klage eine gerichtliche Entscheidung vor, die im Regelfall auf Grund einer ordentlichen Ueberprüfung der Parteianträge und des dazu vorgebrachten Tatsachen- bzw. Beweismaterials ergangen ist. Soweit es sich um Leistungs- oder Feststellungsbegehren über Geld oder andere vertretbare

---

2) s. oben § 6 I und IV.

3) N. 4 zu § 264 ZPO Komm. Sträuli/Messmer; Birchmeier S. 200; BGE 86 II 193

4) Prozesshandlungen der Parteien sind ganz allgemein bedingungsfeindlich. Ausnahmen sind dort zulässig, wo es um vorgebrachte Tatsachen geht, deren Eintritt oder Nichteintritt sich im Verfahren ohne weiteres ergibt, so dass durch die Bedingung keine Unklarheit eintritt (Guldener S. 262).
Bei Rechtsbegehren und Rechtsmittelanträgen können Bedingungen hingegen nur in Form von Eventualbegehren bzw. -anträgen gestellt werden (N. 5 zu § 264 ZPO Komm. Sträuli/Messmer). Ueber die Bedingungsfeindlichkeit der Berufungserklärung s. vorne § 3 II.

Sachen handelt, ist der Antrag entsprechend ziffernmässig festzusetzen. Ein Begehren um Zusprechung 'angemessener' oder 'üblicher' Leistungen wird den Anforderungen also nicht gerecht werden können[5].

Es ist der Maximalbetrag der mit der Berufung angestrebten Verpflichtung des Prozessgegners anzuführen[6]. Dies ist auch gefordert zur Berechnung des Streitwertes in der Rechtsmittelinstanz, wie überhaupt eine ganze Reihe von Anforderungen an den Berufungsantrag funktionell der Zulässigkeitsüberprüfung dienen, d.h. sie erst eigentlich ermöglichen. Diese eminente Bedeutung und Tragweite des Antrages wurde schon bei der eingehenden Behandlung der Voraussetzungen und Wirkungen der Berufung ersichtlich.

2. Die Geltendmachung der Beschwer

Die Beschwer formeller Natur ergibt sich in der Regel ohne weiteres aus der Gegenüberstellung von Urteilsdispositiv und formuliertem Berufungsantrag. Wie schon erwähnt[7], gibt jedoch diese Vergleichsmethode nicht in jedem Fall zweifelsfrei darüber Auskunft, ob eine relevante Benachteiligung vorliegt. Es ist deshalb unter Beiziehung von Antrag und Begründung zu ermitteln, ob eventuell eine Beschwer materieller Natur vorliegt. Der Berufungskläger hat also gegebenenfalls darzutun, inwieweit er durch das ergangene Dispositiv und allenfalls

---

5) BGE 98 II 221 / 86 II 193; Birchmeier (S. 198 ff.) für die entsprechende bundesgerichtliche Praxis. Gl.M. Guldener S. 193 Anm.8

6) Ausgenommen in den Fällen, in welchen die Vorinstanz eine Leistungspflicht des Beklagten generell verneint hat und daher keine Beweise über die Höhe der Forderung abgenommen hat (N. 3 zu § 264 ZPO Komm. Sträuli/Messmer). Es wird damit Bezug genommen auf § 61 Abs. 2 ZPO, der erlaubt, die Bezifferung der Klage bis spätestens nach durchgeführtem Beweisverfahren nachzuholen.

7) s. oben § 2 II.

durch dessen erweiterte Rechtskraftwirkungen materiell beschwert ist. Eine Beschwerung allein durch die Motive[8] ist nicht erheblich, mithin ein Antrag auf 'Aufhebung von Erwägungen' nicht zulässig.

Die Geltendmachung der Beschwer erfolgt somit grundsätzlich im Antrag selbst, kann jedoch in den Fällen, in denen es um Nachteile im Sinne der materiellen Beschwer geht, im Rahmen der Berufungsbegründung vorgenommen werden.

Für den erstinstanzlich unterlegenen Kläger kann es beispielsweise genügen, wenn er als Appellant den Nachweis der formellen Beschwerung dadurch erbringt, indem er auf seine vor erster Instanz gestellten Begehren hinweist, und diese im Zusammenhang mit dem angefochtenen Dispositiv ohne weiteres den Umfang seiner Anträge im Berufungsverfahren ergeben. Dieser Verweis ist deshalb rechtsgenügend, weil die Urteilsausfertigung das Klagebegehren enthält (§ 157 Ziff. 6 GVG) und insofern dadurch zum Ausdruck kommt, dass dieses vollumfänglich aufrechterhalten bleibt[9].

---

8) Das Bundesgericht hat diesbezüglich klärend festgestellt, dass das, was richtig verstanden, zur Begründung gehört, durch Aufnahme ins Dispositiv nicht der Weiterziehung freigegeben wird und umgekehrt, dass als Dispositiv nicht nur der äusserlich als solches hervortretende Teil des Urteils, als vielmehr die Gesamtheit derjenigen Bestimmungen zu betrachten sei, durch welche über den eingeklagten Anspruch entschieden wird (BGE 40 II 574, 71 II 282, 77 IV 61).

9) Vgl. allerdings die strengere Praxis des Bundesgerichts, die generell Verweise auf im kantonalen Verfahren gestellte Anträge nicht zulässt (Birchmeier zu Art.55 lit. b OG S.199). Diese Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit den bundesrechtlich vorgeschriebenen Minimalerfordernissen an das kantonale Rechtsmittelverfahren zu sehen. Die strenge Praxis ist keineswegs gelockert worden (BGE 98 II 221).

Der erstinstanzlich unterlegene Beklagte wird jedoch - bereits vor kantonaler Rechtsmittelinstanz[10] - gut daran tun, sein auf Klageabweisung lautendes Begehren präzise zu formulieren, da seine Stellungnahme bei Verfahrensbeginn nicht dem strengen Formzwang der gegnerischen Klage unterliegt. Die friedensrichterliche Weisung hat das Rechtsbegehren zu enthalten, bei dessen Formulierung der Sühnebeamte dem Kläger allenfalls behilflich ist. Es ist in diesem stillschweigend der Antrag auf Eintreten und Gutheissung enthalten, während die Anträge des Beklagten zunächst in seiner 'Stellungnahme' im Sühneverfahren und später im Rahmen der Klageantwort nicht zwingend ausformuliert zu sein brauchen[11] [12].

3. Prozessantrag oder Sachantrag

Ein Antrag auf Rückweisung des Prozesses an die Vorinstanz ist denkbar und genügend, doch widerspricht er dem eigentlichen Sinn der Berufung, soll doch kraft Devolutivwirkung der Rechtsstreit an die obere Instanz zur Neuentscheidung übertragen werden; es soll mit diesem vollkommenen Rechtsmittel die Fortsetzung des Verfahrens ermöglicht und der Abschluss in Form eines reformatorischen Entscheides angestrebt werden. Nach der herrschenden Meinung soll der Rückweisungsantrag lediglich als Eventualantrag in Frage kommen[13]. Die mit einem

---

10) Im Hinblick auf die strengen Bestimmungen der bundesrechtlichen Berufung gemäss Art.55 lit. b OG.

11) § 100 Ziff. 4 GVG; § 121 Abs. 1 bzw. § 127 ZPO.

12) Im gleichen Sinne Walder, Handbuch S. 7 Anm. 21 e.

13) Statt vieler: N. 4 zu § 264 ZPO Komm. Sträuli/Messmer, wonach das Begehren um Rückweisung als Hauptantrag nur dann zuzulassen ist, wenn die Vorinstanz ihren Entscheid in eine unrichtige Erledigungsform gekleidet hat (s.oben § 1 I) oder den Sachentscheid gefällt hat, ohne das Hauptverfahren ordnungsgemäss zu Ende zu führen.

entsprechenden Begehren geltend gemachte Verfahrensrüge hat im übrigen - im Unterschied zu den Sachanträgen - für das Berufungsgericht keine bindende Wirkung, da dieses auch ohne entsprechenden Antrag das Verfahren der ersten Instanz überprüfen kann. Ob bei Gutheissung der Berufung der Verfahrensfehler von der Berufungsinstanz selber oder aber nach erfolgtem Rückweisungsbeschluss von der fehlbaren ersten Instanz verbessert wird, liegt nach zürcherischem Recht im richterlichen Ermessen und entzieht sich dem Einfluss der Parteien[14].

Zum gleichen Ergebnis gelangt die bundesgerichtliche Praxis. Art. 55 lit. b OG verlangt notwendigerweise einen materiellen Antrag, womit ein bloss auf Rückweisung ausgerichteter Antrag für sich allein betrachtet als ungenügend[15] qualifiziert wird. Richtigerweise ist ein entsprechendes Begehren aber als Eventualantrag zuzulassen, nicht aber auch als Hauptantrag in Verbindung mit einem materiellen Eventualantrag[16].

---

14) N. 7 zu § 269 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

15) Der prozessuale Antrag auf Rückweisung vermag nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings dann zu genügen, wenn das Bundesgericht materiell selbst bei Zugrundelegung einer für den Berufungskläger günstigen Rechtsauffassung - das Bundesgericht ist gemäss Art. 63 Art.3 OG hinsichtlich der rechtlichen Würdigung von Tatsachen frei - ohne vorangegangene Rückweisung nicht zu dessen Gunsten entscheiden könnte, wenn das vom Berufungskläger angestrebte Ergebnis feststeht, und die sofortige und endgültige Streiterledigung ohne Rückweisung nicht möglich ist (81 III 91, 71 II 186 mit Zitaten).

16) Aus BGE 81 II N. 4, in welchem Entscheid die abgeänderte Reihenfolge mehrerer (vor kantonaler Instanz schon erhobener) Rechtsbegehren behandelt und jedenfalls dann als zulässig erachtet wurde, wenn beide Begehren auf Durchführung des nämlichen Rechtserfolges abzielen, dürfen m.E. keine zu weitgehenden Folgerungen gezogen werden. Birchmeier hält immerhin einen neben einem prozessualen Hauptbegehren gestellten Eventualantrag dann für zulässig, wenn der Berufungskläger der Auffassung ist, die Gutheissung seines Begehrens sei ohne Durchführung der im Hauptbegehren gestellten Beweisabnahme ausgeschlossen (S. 200).

Nicht zu befriedigen vermag etwa die Argumentation, dass ein Antrag auf Rückweisung zur Berufungsbegründung gehöre bzw. einen Teil derselben darstelle; da nun aber das Bundesgericht nicht an die Begründung der Parteien gebunden sei, könne es die Rückweisung des Prozesses auch ohne entsprechenden Antrag anordnen[17].

Die differenzierte Behandlung von Anträgen einerseits und deren rechtlicher Begründung anderseits darf nicht völlig verwässert werden. Parteianträge hinsichtlich materieller Ansprüche werden vom Gericht im Rahmen der Dispositionsmaxime gewürdigt, während rechtliche Erwägungen der Parteien dem Prinzip der richterlichen Rechtsanwendung unterliegen. Es ist zwar richtig, dass ein reiner Verfahrensantrag ebenfalls keinerlei Bindungswirkung zu entfalten vermag, doch beschlägt letzterer eindeutig die richterliche Verfahrensgestaltung, mithin die richterliche Prozessleitung[18].

III. Unklare Berufungsanträge und richterliche Fragepflicht

Dabei handelt es sich um missverständliche, nicht eindeutige oder der Begründung widersprechende Anträge. In den von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren obliegt den Parteien die Beschaffung des Prozessstoffes und damit die Behauptung der für die Beurteilung des Streites erheblichen Tatsachen und die Bezeichnung der hiezu erforderlichen Beweismittel. Diese Pflicht der Parteien wird auch als Behauptungslast bezeichnet und umfasst die vollständige und präzise Behauptung derjenigen Tatsachen, die als Fundament der Begrün-

---

17) So sinngemäss Weiss (S. 105), der sich mit dem Begehren um Aktenvervollständigung befasst.

18) Guldener S. 179; Rosenberg/Schwab S. 314 ff.; vgl. oben Vereinigung und Trennung von Verfahren § 1 II.

dung bzw. Bestreitung des eingeklagten Anspruches dient. Diese Anforderungen hinsichtlich Inhalt und Substanzierung von Parteivorbringen sind hoch. Eine Anwendung der Verhandlungsmaxime in voller Strenge verbietet sich im Interesse der Verwirklichung der materiellen Wahrheit im Prozess[19].

Hier setzt die richterliche Fragepflicht ein, die generell als Einschränkung der - mit einschneidenden Rechtsfolgen versehenen - Substanzierungspflicht anzusehen ist. Dieser Grundsatz findet zwar grundsätzlich nur für die tatsächlichen Vorbringen der Parteien Anwendung, doch ist die Praxis ausdehnend dazu übergegangen, auch Rechtsbegehren und Sachanträge oder die Bezeichnung von Beweismitteln darunter zu fassen, sofern sie (rechtzeitig) erkennbar mangelhaft sind[20].

Die richterliche Fragepflicht wird vor allem bei rechtsunkundigen Parteien einen grösseren Rahmen einnehmen[21]. Immerhin ist die Gefahr einer Ueberdehnung dieses Institutes - gerade im Rechtsmittelverfahren - nicht zu übersehen, gilt es doch zu bedenken, dass den Parteien im Falle der Berufung ein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist, mittels welchem neue Tatsachen[22] geltend gemacht werden können. Im gleichen Mass, wie eine Partei selbst, ohne Mitverantwortung des Ge-

---

19) Ueber die Einschränkungen der Verhandlungsmaxime im besonderen: Guldener S. 161 ff.

20) Guldener S. 165 f.; N. 4 zu § 55 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

21) Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Partei rechtskundig ist bzw. durch einen Rechtsbeistand vertreten ist oder nicht, doch ist diesem Umstand m.E. in differenzierter Weise Rechnung zu tragen. Vgl. N. 5 und 6 zu § 55 ZPO Komm. Sträuli/Messmer; ZR 58 Nr. 59 red. Anm. S. 241; ZR 60 Nr. 64 E. 4. Zweifelnd Walder (Handbuch S. 198), der eher auf die Diligenz der Parteien in der Prozessführung abstellen möchte.

22) s. unten § 8 II.

richts zu entscheiden hat, ob die Berufung ergriffen werden soll und welche Anträge im Berufungsverfahren zu stellen sind, obliegt es ihr, ob und nach welcher Richtung der erstinstanzliche Prozessstoff durch Vorbringen von Nova erweitert werden soll. Schon unter Geltung von § 317 aZPO fand das richterliche Fragerecht auf gänzlich ungenügende Vorbringen in der Noveneingabe[23] keine Anwendung. Der Gefahr trölerischer Prozessführung[24] kann begegnet werden, indem die richterlichen Fragen in der Regel auf rechtzeitig erfolgte Vorbringen beschränkt werden.

Zwar ist es dem Richter nicht untersagt, eine Partei auf fehlerhafte Rechtsbegehren und die Zweckmässigkeit einer Klageänderung durch Stellung der aus dem tatsächlichen Vorbringen sich ergebenden richtigen Schlüsse oder auf die Nützlichkeit unbenützter Angriffs- und Verteidigungsmittel aufmerksam zu machen[25]. Solcher richterlicher Abklärungspflicht und Rechtsbelehrung liegt das Interesse an der Verwirklichung des materiellen Rechts zugrunde. Es hiesse aber diesem Grundsatz Gewalt antun, wollte man noch im Rechtsmittelverfahren, das von einer bedeutend eingeschränkten Unmittelbarkeit[26] des Verkehrs zwischen Richter und Parteien geprägt ist, volle Anwendung des Prinzips verlangen.

---

23) ZR 54 Nr. 92: Wenn die neuen Beweismittel darin nicht bezeichnet werden, so kann auf die Berufung nicht eingetreten werden. Vgl. ZR 52 Nr. 54

24) § 115 Ziff. 5 ZPO; vgl. unten § 8 II B.3

25) Leuch, N. 1 zu Art. 89 ZPO-BE (S. 123 f.).

26) Unmittelbar im engeren Sinne ist das Verfahren immer dann, wenn das erkennende Gericht die Parteien selbst sehen und hören kann und damit weder aufgrund schriftlicher Eingaben noch mittels der "subjektiven juristischen Bearbeitung des Rechtsanwalts" vom Prozessstoff Kenntnis erhält (Blomeyer S. 91/92).

Das eigentliche Gebiet der richterlichen Fragepflicht ist somit das von der Mündlichkeit der Parteivorträge beherrschte erstinstanzliche Verfahren, welches vorwiegend der Ermittlung und Umreissung der im Streite liegenden Ansprüche zu dienen hat. Im kantonalzürcherischen Berufungsverfahren, das gemäss §§ 264 und 265 ZPO den Schriftenwechsel für Begründung und Beantwortung des Rechtsmittels vorsieht, bleibt für die richterliche Fragepflicht zur Verdeutlichung der Berufungsanträge wenig Raum.

IV. Fehlen von Berufungsanträgen

Während die Unterlassung von Berufungsanträgen in der Berufungserklärung die Zulässigkeit nach zürcherischem Recht unberührt lässt[27], zieht ein entsprechender Mangel in der Berufungsschrift einschneidende Folgen nach sich. § 264 Abs. 2 ZPO statuiert Nichteintreten für den Fall, dass weder Berufungserklärung noch Berufungsschrift bestimmte Anträge enthalten[28].

Diese nun im Gesetz vorgeschriebene Androhung eines prozessualen Nachteils hat die viele Unklarheiten schaffende Regelung von § 322 aZPO abgelöst. Der entsprechende Gesetzeswortlaut, der allerdings den blossen Ordnungscharakter[29] dieser Bestimmung nicht zweifelsfrei zum Ausdruck brachte, bewirkte, dass die Praxis das Nachholen der 'bestimmten Anträge' des Berufungsklägers unter Fristansetzung und unter Androhung

---

27) s. oben § 3 II 3

28) Ebenso klar ist die bundesgerichtliche Praxis zu Art.55 lit. b OG. Folge des fehlenden oder ungenügenden Antrages ist die Unwirksamkeit der Berufung (BGE 92 II 66 mit Zitaten).

29) N. 2 zu § 322 aZPO Komm. Sträuli/Hauser.

des Nichteintretens im Säumnisfalle anordnete[30]. Konsequenterweise vertrat die II. Zivilkammer des Obergerichts in diesem Entscheid aus dem Jahre 1956 den Standpunkt, dass gerade in einem Fall mit umfangreichem Aktenmaterial ein Verweisen auf die Akten nicht genügen könne und der Gegenpartei spätestens an der Berufungsverhandlung bekannt sein müsse, in welchem Umfang das Urteil angefochten sei. Allerdings konnte sie sich nicht anders als mit der auf § 99 aZPO gestützten Substanzierungspflicht behelfen, um die letztmalige Fristansetzung zur Stellung von Berufungsanträgen mit der erwähnten Androhung des Nichteintretens im Säumnisfalle zu begründen[31].

V. Der Berufungsantrag des Säumnisbeklagten

Der Beklagte, gegen den die Vorinstanz ein Säumnisurteil[32] erlassen hat, kann im gleichen Masse wie eine im ordentlichen kontradiktorischen Verfahren unterlegene Partei die Berufung erklären und Anträge stellen[33], d.h. er hat sich an die ordentlichen Formen und Fristen zu halten[34]. Das zürcherische Recht kennt auch keine besonderen Ordnungsvorschriften oder

---

30) ZR 55 Nr. 111

31) ZR 55 Nr. 111 S. 232 f.

32) s. oben § 1 I.

33) Der gemeinrechtliche Grundsatz 'contumax non appellat' lässt sich mit der neuzeitlichen Ausgestaltung der vollkommenen Rechtsmittel nicht mehr vereinbaren: vgl. allerdings CPC-VD 537 und CPC-BE 341

34) Eine gegenteilige Regelung kennt etwa Bern in Art. 338 Abs. 3 ZPO. Darin ist eine ordentliche Appellationsfrist von 10 Tagen und eine solche von nur 5 Tagen u.a. gegen Säumnisurteile vorgesehen. Vgl. im übrigen oben § 3 I 1

allfällige Gebühren für den vorinstanzlich peremptorisierten Beklagten. Die Sanktion für diejenige Partei, die sich vor erster Instanz überhaupt nicht auf das Verfahren eingelassen hat, besteht vielmehr im Ausschluss vom Novenrecht gemäss § 267 Abs. 2 ZPO (früher 318 aZPO) [35]. Damit soll nachlässiger Prozessführung vorgebeugt werden.

---

35) Das grundsätzliche Novenverbot trifft die erstinstanzlich säumige Partei auch dann, wenn die Berufung vom Gegner erklärt wird (§ 267 Abs. 2 ZPO); a.M. Guldener S. 509 Anm. 17

§ 8 Die Begründung des Berufungsantrages

Es ist bereits gesagt worden, dass der gute Antrag mit seiner Begründung entsteht. Für die gewissenhafte Prozesspartei gehören diese beiden Elemente somit untrennbar zusammen, weshalb auch das zürcherische Prozessrecht die Anträge nunmehr zwingend erst zusammen mit der Begründung im Rahmen der Berufungsschrift verlangt. Der Appellant braucht die Anträge zusammen mit der Begründung erst innerhalb der richterlichen, erstreckbaren Frist gemäss § 264 Abs. 1 ZPO zu formulieren; er hat also seine Anträge nicht mehr bereits innert der kurzen gesetzlichen Berufungsfrist von 10 Tagen zu stellen, innerhalb welches knappen Zeitraums er sich bisher gedanklich auch schon mit der später einzureichenden Begründung zu befassen hatte[1].

Nachfolgend soll im einzelnen Recht und Pflicht zur Berufungsbegründung sowie die Befugnis zur Erweiterung und Ergänzung bisherigen Vorbringens analysiert werden.

I. Recht und Pflicht zur Berufungsbegründung

A. Begründung gestützt auf bisheriges Vorbringen

1. Grundsatz

Es besteht allgemein die Vorschrift, dass ein Rechtsmittel vom Rechtsmittelkläger begründet[2] werden muss[3]. Dies er-

---

1) Vgl. oben § 3 I.

2) Walder, Handbuch (S. 7 Anm. 22) für die Unterscheidung im schweiz. Sprachgebrauch zwischen 'wurde begründet' und 'ist begründet'.

3) Guldener bemerkt zutreffend, dass die Ausgestaltung eines Rechtsmittels es erlauben kann, von einer Begründung abzusehen, indem etwa der Verweis auf die Akten als zulässig erklärt wird (a.a.O. S. 497 Anm. 83).

scheint eigentlich im Falle der kantonalrechtlichen Berufung nicht zwingend, da die übergeordnete Instanz bei zulässiger Berufung ohnehin, d.h. von Amtes wegen eine Ueberprüfung des ganzen (bisherigen) Prozessstoffes und Entscheides im Rahmen der gestellten Berufungsanträge vornimmt[4]. Sie ist weder an die rechtliche Beurteilung der Vorinstanz noch an die Antragsbegründung der Parteien gebunden. Wird dennoch generell am Erfordernis nach Begründung der Berufung festgehalten, so geschieht dies allein im Interesse der Verfahrenskonzentration[5], was beinhaltet, dass Richter und Gegenpartei möglichst frühzeitig[6] erfahren sollen, weshalb und in welchem Umfang der Appellant das ergangene Urteil für unrichtig hält.

Die Statuierung der Begründungspflicht[7] hat nun im Rahmen der Eventualmaxime den Sinn, dass der Berufungskläger sich dahin zu erklären hat, ob er den Prozess auf bisheriger tatsächlicher Grundlage weiterführen, oder ob er diese mit neuen Vorbringen ergänzen will. Mit der Begründung soll der Berufungskläger die Richtung weisen, in welcher Hinsicht das angefochtene Urteil in erster Linie auf Mängel hin erforscht werden soll.

---

4) § 269 ZPO. Guldener S. 507 Anm. 7; Müller S. 74; Schaufelberger S. 73.

5) Gilles S. 64

6) Diesem Zweck diente auch die wegen ihrer Rückwärtsberechnung immer wieder 'bekämpfte' Novenfrist von 10 Tagen vor Berufungsverhandlung gemäss § 317 Abs.1 aZPO.

7) Der Berufungskläger wird mit der Fristansetzung für die Berufungsschrift auf das Novenrecht hingewiesen (§ 264 Abs. 1 ZPO).

Stützt er sich auf bisher vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel, so kann er auf die Akten verweisen. Zum gleichen Ergebnis führt gemäss § 264 Abs. 2 ZPO (letzter Satz) auch das Fehlen jeglicher Begründung von gestellten Anträgen. Ein Rechtsverlust durch Unterlassung kann dem Appellanten dadurch im Gegensatz zur Unterlassung der Anträge nicht entstehen[8].

2. Ueberprüfungsbefugnis der kantonalen Berufungsinstanz

Die umfassende freie Ueberprüfungsbefugnis im Rahmen der gestellten Anträge hat aber zur Folge, dass vom Berufungsgericht auch nach andern als den von den Parteien angeführten Mängeln geforscht werden muss, wenn diejenigen, die geltend gemacht wurden, sich als nicht stichhaltig erweisen. Die Berufungsinstanz hat - im Rahmen der Anträge - nämlich zu entscheiden, ob die erste Instanz richtig geurteilt hat und richtig verfahren ist. Sie hat die in Betracht fallenden Rechtssätze von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen und alle rechtzeitig vorgebrachten Tatsachenbehauptungen zu berücksichtigen[9]. §§ 315 Abs. 1 und 322 Abs. 1 aZPO schrieben dem Appellanten noch vor, die einzelnen Mängel des Verfahrens als auch des angefochtenen Entscheides anzuführen, doch wurden diese Bestimmungen im Zuge der Revision fallengelassen. Bei richtig verstandener Funktion der kantonalrechtlichen

---

8) Dies gilt allerdings nur im kantonalen Verfahren, da vor Bundesgericht für jeden einzelnen Berufungsantrag zwingend eine Begründung vorgeschrieben ist. Es ist namentlich darzutun, wodurch und inwiefern Rechtssätze des Bundesrechts verletzt sind (Birchmeier, N. 7 zu Art. 55 lit. c OG).

9) Guldener S. 507 Anm. 7

Berufung als allgemeiner Richtigkeitskontrolle[10] erweist sich diese Vorschrift als unnötig.

3. Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts

Völlig anders sind die Akzente bei der bundesrechtlichen Berufung gesetzt, da hier die Begründungspflicht zu den Zulässigkeitserfordernissen gezählt wird[11]. Dies beruht auf der gewollten (und auch notwendigen) Beschränkung der Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes auf Kontrolle der richtigen Anwendung des Bundesrechts durch die kantonalen Gerichte. Die Sachverhaltsermittlung ist ausdrücklich dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten (Art. 63 Abs. 2 OG)[12]. - Wegen des umfassenden[13] Novenverbotes vor Bundesgericht im Sinne von Art. 55 lit. b und c OG entfällt eine diesbezügliche Würdigung im nachfolgenden Abschnitt.

---

10) Am Grundprinzip der uneingeschränkten Richtigkeitsprüfung der ordentlichen und vollkommenen Rechtsmittel ändert auch nichts, dass neue Tatsachen zugelassen werden (vgl. die bei Gilles, S. 63 N. 24, skizzierte Auseinandersetzung in der deutschen Lehre).

11) Statt vieler: BGE 92 II 66; Birchmeier S. 202 ff.

12) Es sei denn, die von der letzten kantonalen Instanz festgestellten tatsächlichen Verhältnisse seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustandegekommen.

13) Vgl. immerhin Art. 67 OG, der den Besonderheiten des Patentprozesses Rechnung trägt und es dem Bundesgericht ermöglicht, neue Beweismassnahmen zu treffen; dazu BGE 85 II 514.

B. Begründung gestützt auf neues Vorbringen

Ausgangspunkt sind Berufungsanträge, die im Sinne des vorangegangenen Paragraphen[14] weder neue Ansprüche betreffen noch bereits gestellte und aufrechterhaltene Begehren gestützt auf einen neuen, vom bisher geltend gemachten verschiedenen Lebensvorgang beinhalten. Letztere kämen einer vor zweiter Instanz grundsätzlich unzulässigen Klageänderung gleich. Neue Begehren bedeuten immer auch eine Klageänderung[15].

Die meisten Kantone, die die Berufung als Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens und nicht als blosse revisio in iure et in facto ausgestaltet haben, kennen ein mehr oder weniger unbeschränktes Novenrecht[16]. Dies lässt die nachfolgende gedrängte Uebersicht über die Ausgestaltung des Novenrechts als sinnvoll erscheinen.

II. Die Ausgestaltung des Novenrechts

A. Objekte des Novenrechts

1. Neue tatsächliche Behauptungen

Darunter sind alle Parteiausführungen zu verstehen, die die Darstellung des Sachverhalts betreffen. Sie ergänzen das bisher Vorgebrachte und zielen auf eine wirksamere Substanzierung der gestellten Rechtsbegehren ab; es sind Angriffsmittel tatsächlicher Natur und beinhalten jene Tatsachen,

---

14) oben § 7

15) Fehr S. 35; s. unten § 10 II

16) Fehr S. 21 und 83 ff.

von deren Nachweis das Bestehen des Anspruchs abhängt[17]. Die Parteien bringen die neuen Tatsachen von sich aus vor, ohne Provokation durch den Gegner, weil sie sie für die Durchsetzung ihres Standpunktes als geeignet erachten.

a) Neue tatsächliche Bestreitungen

Diese nehmen direkt auf das gegnerische Vorbringen Bezug und stellen eine Antwort auf die provozierende Tätigkeit dar; sie sind also (erst) durch das prozessuale Verhalten der Gegenpartei hervorgerufen worden. Sie bekämpfen deren Sachdarstellung und bedeuten somit entweder die Verneinung des tatsächlichen Klagegrundes[18] oder die Bestreitung tatsächlicher Behauptungen des Beklagten.

b) Neue Einreden

Auch die neuen Einreden sind materiell-rechtliche Verteidigungsmittel und nehmen direkt auf das Bezug, was die Gegenpartei für ihre Darstellung geltend macht. Sie verneinen das gegnerische Vorbringen nicht, stellen diesen aber andere Tatsachen entgegen, durch welche die aus der gegnerischen Darstellung hergeleitete Rechtsfolge gehindert, zerstört oder gehemmt wird[19]. Neue Einreden richten sich nicht gegen Tatsachen sondern gegen Rechtsfolgen[20].

---

17) Fehr S. 27 f. Die Behauptungslast der Prozesspartei deckt sich im Grundsatz mit der Beweislast gemäss Art. 8 ZGB.

18) Da die Bestreitungen auch vom Kläger stammen können, erweist sich die Begriffsbestimmung im Kommentar Sträuli/Hauser (N. 1 zu § 134 aZPO) als zu eng.

19) Müller S. 79

20) Fehr S. 27

Die Einrede[21] ist ein dem Beklagten zustehendes Recht, die geschuldete Leistung aus einem besonderen Grunde zu verweigern. Die Erhebung einer Einrede bedeutet die prozessuale Willenserklärung, dass das betreffende Recht ausgeübt werde; es kann vom Beklagten aber auch darauf verzichtet werden. Zur Berücksichtigung der Einrede bedarf es grundsätzlich der prozessualen Geltendmachung[22]. Bei den Prozesseinreden gehören, mit Ausnahme der Einreden der abgeurteilten Sache und der anderweitigen (gleichzeitigen) Rechtshängigkeit der gleichen Streitsache, alle Einreden zu den offizialiter zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (§ 108 ZPO, § 129 aZPO). Bei den materiellen Einreden entfällt diese Differenzierung.

c) Neue Einwendungen

Die Einwendungen[23] schliesslich sind von den Einreden zu unterscheiden und gehören ebenfalls zu den tatsächlichen Behauptungen. Sie werden in der Regel vom Beklagten vorgebracht und sind im Bestreitungsfall zu beweisen. Ihre Zielrichtung geht gegen die Darstellung des für den klägerischen Anspruch

---

21) Es sind Prozess- und Sacheinreden zu unterscheiden:
Prozesseinreden oder formelle Einreden: Unzuständigkeit, abgeurteilte Sache, Rechtshängigkeit, fehlende Prozesslegitimation, unrichtige Verfahrenseinleitung, Unzulässigkeit der Prozessart.
Sacheinreden oder materielle Einreden: Ungültigkeit oder Klaglosigkeit des Rechtsgeschäfts, Verjährung, Erfüllung, Verzicht, Verrechnung.

22) Immerhin ist einzuschränken, dass gewisse Prozesseinreden, sofern sie gleichzeitig Prozessvoraussetzung bilden, von jeder Instanz von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (Guldener S. 170; N. 7 zu § 108 Komm. Sträuli/Messmer).

23) Der Begriff 'Einwendungen' wird im Zürcher Zivilprozess eigentlich nur im Zusammenhang mit dem Beweisverfahren verwendet. Vgl. § 139 ZPO.

vorgebrachten Tatsachenmaterials. Von besonderer Bedeutung ist, dass derartige Einwendungen auch zu berücksichtigen sind, wenn sie ausnahmsweise auf anderem Weg als durch Vorbringen des Beklagten in die richterliche Kenntnis gelangen[24]. Die Beachtung solcher Parteivorbringen erfolgt von Amtes wegen. Eine der klägerischen Stellungnahme ungünstige Tatsache kann vom Beklagten versäumt worden sein, gleichwohl ist sie - wenn vom Kläger selbst zugestanden - zuzulassen und fällt nicht unter ein allfälliges Novenverbot[25].

2. Neue Beweismittel

Die Beweismittel sollen den Richter von der Wahrheit tatsächlicher Behauptungen überzeugen. Unter 'Bezeichnung der Beweismittel' können grundsätzlich zwei verschiedene Prozesshandlungen verstanden werden: Entweder handelt es sich um das blosse Beweisanerbieten, die sog. Beweisofferte, oder es betrifft die Stellung eines Beweisantrages[26] mit der Nennung eines bestimmten Beweismittels für eine bestimmte Tatsache. Wesentlich ist dabei, dass nur den Beweisanträgen die grundsätzliche richterliche Folgepflicht[27] zukommt.

Neu sind die Beweismittel dann, wenn die Bezeichnung des Trägers der Ueberlieferung des körperlichen Gegenstandes, welcher dem Richter die sinnliche Wahrnehmung übermittelt

---

24) Das deutsche Recht gebraucht den Begriff des sog. ungünstigen Parteivorbringens (Rosenberg/Schwab § 105 III S. 563. Für das schweizerische Prozessrecht: Guldener S. 167 Anm. 19 a und b.

25) Müller S. 79

26) Für Einzelheiten: Brauchli S. 19 ff.

27) Gestützt auf die freie richterliche Beweiswürdigung einerseits und auf die Verhandlungsmaxime anderseits (Brauchli S. 50).

oder ermöglicht, nicht schon während des erstinstanzlichen Verfahrens zeitig und in solcher Form erfolgt ist, dass sie vom Richter als Beweisantretung für eine bestimmte Tatsache und daher als zum Prozessmaterial gehörig erachtet werden musste[28]. Neu ist das Beweismittel auch dann, wenn derselbe Träger von Ueberzeugungsgründen, d.h. derselbe Zeuge zwar erneut, aber hinsichtlich eines neuen Untersuchungsmaterials angerufen wird[29].

3. Neue Rechtsanschauungen der Parteien

Nicht unter das Novenrecht fallen neue Auffassungen der Parteien in rechtlicher Hinsicht. Nach den meisten kantonalen Gesetzen ist das Vorbringen von Rechtserörterungen - sei es bei Klageeinleitung oder bei Rechtsmitteleinlegung - gestattet, nicht aber vorgeschrieben[30]. Es gilt der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen, also das allgemein anerkannte Prinzip: Iura novit curia. Darunter fällt einerseits die Feststellung des anzuwendenden Rechts und die Subsumtion der im Rechtsbegehren geltend gemachten Ansprüche unter die konkrete Rechtsnorm.

Ist mithin von einer Partei - unbeschadet ihrer Rechte - in der ersten Instanz keine rechtliche Begründung ihres tatsächlichen Standpunktes abgegeben worden, so darf sie noch im Be-

---

28) Fehr S. 28 f.

29) N. 4 zu § 115 ZPO Komm. Sträuli/Messmer; a.M. Müller S. 80

30) Habscheid S. 334; Meier (S. 142) mit Beispielen unterschiedlicher kantonaler Regelungen.

rufungsverfahren Rechtserörterungen[31] vortragen. Analog muss es sich verhalten, wenn die Partei in zweiter Instanz eine andere rechtliche Auffassung vertritt; sie nimmt eine Aenderung ihres rechtlichen Anspruchsfundamentes vor. Allerdings wird es auf den konkreten Anspruch ankommen, ob es sich nicht um ein neues Begehren oder um eine Klageänderung handelt, was zweitinstanzlich - mit Ausnahme der von der Offizialmaxime beherrschten familienrechtlichen Verfahren - unzulässig ist[32].

B. Formelle Schranken des Novenrechts

Der Grundsatz des konzentriert vorgebrachten Parteivorbringens[33] gilt für alle Instanzen. Die Besonderheiten des Berufungsverfahrens sprechen für eine zeitliche Begrenzung der Zulassung von Nova vor zweiter Instanz. Die neuen Tatsachen sind mit der Berufungsschrift, d.h. zusammen mit den Anträgen im Rahmen der Begründung anzuführen. Eine gesonderte Noveneingabe im Sinne von § 317 Abs. 1 aZPO ist nicht mehr gefordert. Mit Ablauf der für die Einreichung der entsprechenden Berufungsschriften angesetzten Fristen ist das Novenrecht verwirkt[34].

Nicht dieser starren Regelung unterworfen ist neues Vorbringen, das gemäss der Ausnahmebestimmung der Eventualmaxime schon vor erster Instanz noch nach Abschluss der zeitlichen Limite vorzutragen erlaubt war. § 267 Abs. 3 ZPO nimmt aus-

---

31) § 322 Abs. 1 aZPO (letzter Satz) erlaubte ausdrücklich die Anführung von Rechtserörterungen.

32) s. unten § 10 II.

33) d.h. die Eventualmaxime

34) ZR 66 Nr. 148

drücklich auf die Bestimmung des § 115 ZPO Bezug. Diese Bestimmung umfasst im wesentlichen folgende Punkte:

1. Begehren, die erst im Laufe des Verfahrens veranlasst worden sind (§ 115 Ziff. 1 ZPO)

Ausgangspunkt ist dabei die objektive Unmöglichkeit der rechtzeitigen Geltendmachung von Nova im entsprechenden Verfahrensabschnitt. Im Rechtsmittelverfahren sind damit beispielsweise Beweismittel gemeint, die erst durch eine von der Gegenpartei in ihrem letzten Vortrag bzw. Ergänzungseingabe vorgebrachte Tatsachenbehauptung veranlasst wurden. In die gleiche Kategorie fallen Angriffs- oder Verteidigungsmittel tatsächlicher Natur, die mit der Begründung bzw. mit der Beantwortung der Berufung noch nicht vorgebracht werden konnten. Es ist aber von der betroffenen Partei der Nachweis zu erbringen, dass die Tatsachen sich entweder erst nach Ablauf der Frist ereignet hatten, oder aber infolge unverschuldeter Verhinderung nicht rechtzeitig hatten geltend gemacht werden können.

Denkbar sind auch Behauptungen, die unterlassen worden sind, in der auf gute Gründe gestützten Annahme, das bisherige Vorbringen werde für die Untermauerung des Parteistandpunktes ausreichen; ebenso können auch Ausführungen dazu gezählt werden, die wegen ihres für die Gegenpartei diffamierenden Charakters unterblieben sind[35].

---

35) Besonders im Scheidungsprozess kommt es immer wieder vor, dass zur Schonung der Persönlichkeitssphäre des andern Ehegatten nicht alles vorgebracht wird, was der Gegenpartei zur Last gelegt und zur Stützung des eigenen Standpunktes ausgeführt werden könnte. Nach abgewiesener Scheidungsklage vor erster Instanz wird sich der klagende Ehegatte und Appellant - bei unverändertem Scheidungswillen - kaum mehr besondere Schonung in seinen Ausführungen auferlegen. Rosenberg/Schwab S.797; vgl. oben § 6 IV 1.

2. Geltendmachung von Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt, oder die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff.2 ZPO)

Diese Vorschrift erlaubt es, sofort greifbares Tatsachenmaterial zu berücksichtigen, auf das sich bisher keine Partei berufen hat, aber gleichwohl für die Begründung der Standpunte der einen oder anderen Partei von Bedeutung ist. Es sind im Falle der Einreden rechtliche Folgerungen, die aus bereits in den Akten festgestellten tatsächlichen Verhältnissen gezogen werden.

Wichtiger erscheint die statuierte nachträgliche Zulässigkeit des Urkundenbeweises, die auf prozessökonomischen Gedanken beruht. Eine Behauptung kann mittels Urkunde in aller Regel[36] sofort nachgewiesen werden; die neu eingereichte Urkunde ist jedenfalls immer dann zu berücksichtigen, wenn dadurch eine klare Rechtslage geschaffen wird, so dass entweder das neue Vorbringen vom Gegner als richtig anerkannt wird, oder erhebliche Gegenbehauptungen des Gegners ohne Weiterungen widerlegt werden können[37].

---

36) Walder (Handbuch S. 213 Bsp. 59), dem hinsichtlich der geäusserten Bedenken wegen unerwünschter, d.h. unvermeidlicher Weiterungen nicht beigepflichtet werden kann. Wenn im Beispiel die anzuhörende Gegenpartei behauptet, der als öffentliche Urkunde ins Recht gelegte Kaufvertrag sei später durch einen andern Vertrag ersetzt worden, so ist sie gehalten, ihrerseits eine entsprechende Urkunde beizubringen.

37) N. 4 zu § 115 ZPO Komm. Sträuli/Messmer und dort zitierte Judikatur.

3. Behauptungen und Bestreitungen nach gerichtlichen Anordnungen gemäss § 55 ZPO (§ 115 Ziff. 5 ZPO)

Die richterliche Fragepflicht bei unklaren Parteivorbringen[38] gilt bis zur Beendigung des Verfahrens der betreffenden Instanz. Entsprechend können Ausführungen, die erst aufgrund gesonderter (nachträglicher) richterlicher Anordnung vorgebracht werden, nicht unter den allgemeinen Grundsatz konzentrierten Parteivorbringens fallen.

Besonderes Gewicht ist den Ausführungen der Parteien beizumessen, die durch einen vom Gericht aufgeworfenen, bisher nicht zur Diskussion stehenden Gesichtspunkt veranlasst werden; es kann der Richter verpflichtet sein, im Interesse der materiellen Wahrheit die Parteien einzuladen, ihre - bisher in einem andern rechtlichen Zusammenhang vorgebrachten - tatsächlichen Behauptungen zu ergänzen[39].

C. Inhaltliche, materielle Schranken

Der Berufungskläger stösst in materieller Hinsicht auf Schranken, die von der Einwirkungsintensität der Nova auf den erstinstanzlichen Prozessgegenstand abhängig sind[40]. Je nach Art des dem Rechtsbegehren zugrunde gelegten materiellrechtlichen Anspruchs kann neues Vorbringen den Lebenssachverhalt, gestützt auf welchen geklagt wird, derart verändern, dass die Identität der Klage nicht mehr gewahrt ist. Mit dem Verbot der Klageänderung[41] in zweiter Instanz gemäss

---

38) s. oben § 7 III.

39) ZR 54 Nr. 10

40) Fehr S. 32 ff.

41) Vgl. in grundsätzlicher Hinsicht Hess S.32 ff. und 81 f.

§ 267 ZPO[42] ist die Erhebung weiterer oder anderer Ansprüche gemeint, die nicht mit dem oder den vor erster Instanz erhobenen und beurteilten Ansprüchen identisch sind.

1. Individualisierte Rechtsbegehren

Bei diesen Ansprüchen ergibt sich die hinreichende Bestimmung der Klageidentität bereits aus den Parteibezeichnungen und den Rechtsbegehren selbst, weshalb der Berufungskläger mit neuen Gründen, aus denen die Entstehung oder Nichtentstehung des eingeklagten Rechts hergeleitet wird, unbeschränkt zuzulassen ist.

Als Beispiele von Klagen über ein individualisiertes Recht gelten die Feststellungsklagen. Sie sind auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines durch die Parteien und das Rechtsbegehren hinreichend bestimmten Rechtsverhältnisses gerichtet[43]. Es gehört dazu die Klage auf Feststellung des Eigentums an einer bestimmten Sache; analog ist aber auch die Klage auf Herausgabe einer bestimmten Sache vom Rechtsbegehren her genügend umrissen. Neue Tatsachen dürfen geltend gemacht werden, solange das Rechtsbegehren nicht verändert wird. Die Identität einer Herausgabeklage bleibt gewahrt, wenn in erster Instanz ein obligatorischer Anspruch mangels gültigen Vertrages abgelehnt wurde, und in zweiter Instanz neu ein dingliches Recht, d.h. Eigentum an der anbegehrten Sache geltend gemacht wird[44].

---

42) Nach dem Willen des Verfassers des ersten Revisionsentwurfes der Zürcher ZPO (Prof.Guldener) sollte sowohl die Klageänderung als auch die Widerklage in zweiter Instanz noch erlaubt sein. In der Expertenkommission wurde dann allerdings diese Neuerung als zu weitgehend erachtet und auf die familienrechtlichen Prozesse unter enger Verknüpfung mit dem Novenrecht beschränkt.

43) Guldener S. 198

44) N. 5 zu § 267 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

2. Nichtindividualisierte Rechtsbegehren

Diese Fälle sind wesentlich zahlreicher, und es ist die Einwirkungsintensität der Nova differenziert zu betrachten.

Bei den nichtindividualisierten Rechtsbegehren setzt die Identität der Klage zusätzlich voraus, dass der Anspruch aus dem neuen Lebensvorgang hergeleitet wird. Neue Tatsachen dürfen geltend gemacht werden, solange der Klagegrund[45] nicht verändert wird. Bei den Elementen des Klagegrundes spielt namentlich der erwähnte Lebensvorgang eine erhebliche Rolle[46]. Dessen Reichweite zeigt sich insbesondere im Scheidungsverfahren, wo der Sachverhalt, wie ihn der gesetzliche Tatbestand für die Erhebung des Anspruches vorschreibt, in einem mehr oder weniger in sich abgeschlossenen Lebensvorgang besteht, deren mehrere selbständig und unabhängig nebeneinander Platz haben[47]. Dies rechtfertigt auch die besondere Ausgestaltung des Novenrechts im Scheidungsverfahren[48].

Für die uns hier beschäftigende vermögensrechtliche Leistungsklage bedeutet die Aenderung der juristischen causa

---

45) Unter Klagegrund ist nicht etwa die juristische causa, der Rechtsgrund (unerlaubte Handlung, Bereicherung, Vertrag etc.) zu verstehen, sondern der Lebensvorgang, d.h. der ganze Komplex von Tatsachen, der die Grundlage des geltend gemachten Anspruches bildet (Leuch, N. 4 zu Art. 94 ZPO-BE).

46) Meier S. 29. Kummer (Klagerecht S. 93 f.) spricht bei der Weite dieses Begriffs von zwei möglichen Grenzziehungen: mittels des abstrakten gesetzlichen Tatbestandes oder mittels ausserrechtlicher Begriffe wie der Einheit des Lebensvorganges.

47) Bühler, N. 116 Einleitung Komm. ZGB; Kummer, Klagerecht S. 99

48) s. unten § 10 B

also nicht zwingend die Aenderung des Klagegrundes. Es kann die gleiche Forderung, die zunächst wegen Nichterfüllung eines Vertrags erhoben wird, nach erstinstanzlicher Abweisung infolge Vertragsungültigkeit neu mit unerlaubter Handlung oder mit ungerechtfertigter Bereicherung begründet werden[49] [50]. Der Kläger klagt, um seine Forderung zu verwirklichen; er hat m.a.W. die Zusprechung des entsprechenden Geldbetrages im Auge, unabhängig davon, ob der Richter kraft richterlicher Rechtsanwendung eine andere (als die vom Kläger gewählte) gesetzliche Bestimmung zur Begründung des Rechtsbegehrens heranzieht. Der Kläger darf und muss alle diejenigen Tatsachen anführen, die er für geeignet hält, um mit seiner Klage durchzudringen, ungeachtet des Umstandes, dass allfällig neu vorgebrachte Tatsachen eine andere materiell-rechtliche Betrachtungsweise ermöglichen[51].

Keine Klageänderung liegt auch dann vor, wenn im Forderungsprozess des A gegen B auf Erfüllung eines Vertrages geklagt wird, den C im Namen des A abgeschlossen hat. Im Laufe des Verfahrens ergibt sich, dass C in Wirklichkeit in eigenem Namen gehandelt hat und somit forderungsberechtigt ist. Wenn nun C dem A die Forderung abtritt[52] und dieser dadurch die fehlende formelle Aktivlegitimation erhält, so liegt der For-

---

49) Guldener S. 199 f; N. 8 zu § 61 ZPO Komm.Sträuli/Messmer.

50) Schwander (a.a.O. S. 211) äussert sich kritisch zum Wechsel des Rechtsgrundes, namentlich aus Rücksicht auf den Beklagten.

51) Guldener S. 200 f.

52) Guldener S. 201 Anm. 46 mit einem Beispiel einer Abtretung, in welchem die Klageidentität nicht mehr gewahrt ist.

derung im wesentlichen der gleiche Sachverhalt zugrunde. Gegenstand der Forderung ist dieselbe Leistung gestützt auf denselben Vertragsabschluss zwischen den nämlichen Personen. Ergänzend zum bisherigen Sachverhalt ist das klägerische Zugeständnis, C habe in eigenem Namen den Vertrag abgeschlossen, sowie die Geltendmachung der Abtretung mittels Urkunde[53].

Eine Klageänderung liegt hingegen vor, wenn gestützt auf den gleichen Lebensvorgang von einem Schadenersatz- auf ein Genugtuungsbegehren übergegangen wird. Hat der Kläger eine bestimmte Summe im Haftpflichtprozess unter dem Titel Schadenersatz geltend gemacht und damit teilweise obsiegt, so kann er nicht mittels Berufung den abgewiesenen Teil mit der neuen Begründung als Genugtuungsanspruch erheben[54]. Es handelt sich hier um zwei unabhängig voneinander mögliche Ansprüche, weshalb es richtigerweise nicht darauf ankommen kann, ob sie aus dem gleichen Lebensvorgang abgeleitet werden[55]. Ungeachtet des gleichlautenden Quantitativs des erstinstanzlichen Rechtsbegehrens wird mit dem Genugtuungsanspruch eine neue Klage eingeführt, deren Erhebung neben und nicht etwa nur anstelle[56] der Schadenersatzforderung schon möglich war.

---

53) Vgl. die feste Praxis, die die Geltendmachung der entsprechenden Urkunde ungeachtet ihrer Ausstellung auch noch im Berufungsverfahren zulässt; ZR 60 Nr. 130 E. 2, ZR 44 Nr. 24, ZR 32 Nr. 176.

54) a.M. ZR 70 Nr. 125; ZR 72 Nr. 60 und Sträuli/Messmer in N. 8 zu § 61 ZPO.

55) Walder (Handbuch) S. 272 Anm. 16

56) Wie in den oben zitierten Beispielen von Leistungsklagen und Wechsel der juristischen causa (Vertrag, unerlaubte Handlung, ungerechtfertigte Bereicherung). Vgl. im übrigen N. 4 aa) und 6 bb) zu § 61 ZPO Komm.Sträuli/Messmer.

Zulässig ist immerhin die Aenderung in der Berechnungsart des geltend gemachten Schadens, soweit dessen Höhe nicht überschritten wird. Es darf also beispielsweise von der konkreten auf die abstrakte Schadensberechnung oder von der Anrufung von Art. 99 ff. OR auf Art. 191 Abs. 2 und 3 OR gewechselt werden[57].

D. Indirekte Schranken

Die indirekten Schranken sollen diejenige Partei treffen, die Nova erst vor Rechtsmittelinstanz vorbringt, obwohl sie ihr schon früher bekannt waren. Nach zürcherischem Recht ist nunmehr das Novenrecht stark erweitert und liberalisiert worden. Gleichwohl sollen die Parteien zu sorgfältiger und umsichtiger Prozessführung angehalten werden[58], bringt doch jedes neue Parteivorbringen eine unerwünschte Verzögerung des Verfahrens mit sich[59].

1. Ausserordentliche Kostentragung

Normalerweise wird die Tragung der Gerichtskosten den Parteien nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens auferlegt. Im Falle der Verursachung[60] von Kosten, die auf Nach-

---

57) BGE 81 II 53, 42 II 373; ebenso für den Schaden aus Werkhaftung nach Werkvertrag gemäss Art. 377 OR (BGE 96 II 196 E. 5).

58) Guldener S. 489 Anm. 50

59) und birgt auch die Gefahr der Rechtsaushöhlung für den materiell Berechtigten in sich, s. oben § 3 I.

60) Die Kostentragungspflicht greift diesfalls schon bei bloss ordnungswidrigem Verhalten der betreffenden Partei Platz, ohne dass notwendigerweise Verschulden vorzuliegen braucht.

lässigkeit der Nova vorbringenden Partei zurückgehen, sollen diese unnötigen Mehraufwendungen einzig der verursachenden Partei überwälzt werden; die Kostenpflicht stellt sich somit als eine ausserordentliche dar.

Analog zur anteilsmässigen Uebernahme der Gerichtskosten wird die betreffende Partei auch zur Entschädigung an den Prozessgegner verpflichtet, soweit diesem - etwa durch eine ergänzende Rechtsschrift oder durch eine zusätzliche Verhandlung - unnötige Mehrkosten entstanden sind.

2. Ausfällung einer Ordnungsbusse

Mit einer Ordnungsbusse sollen die Verstösse der Parteien gegen die Disziplin geahndet werden. Mithin werden nur erhebliche Verstösse gegen den geordneten, normalen Gang des Verfahrens, d.h. das Parteiverhalten wider Treu und Glauben[61] von dieser Disziplinierung erfasst. Unerlässliche Voraussetzung dieser Ungehorsamsstrafe ist das Verschulden einer Partei; es muss sich um bös- oder mutwillige Prozessführung handeln[62].

Es sollen also damit etwa die Führung wissentlich ungerechtter Prozesse oder die Verwendung unerlaubter Mittel im Verfahren geahndet werden. Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird blosse Ordnungswidrigkeiten von derartigen Sanktionen ausgenommen.

Die gesetzlichen Grundlagen der Ordnungsstrafen finden sich ausserhalb des Zivilprozesses[63]. Wenn auch der Tarif vor

---

61) § 50 ZPO.

62) N. 12 zu § 267 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

63) Gesetz über die Ordnungsstrafen vom 30.4.1866 und in § 328 StPO, die am 30.6.1974 einer Teilrevision unterzogen worden ist.

einigen Jahren dem schwindenden Kaufkraftwert angepasst worden ist, sind doch die Maximalbussen immer noch sehr gering, weshalb deren generalpräventive Wirkung zur Verhinderung schleppender Prozessführung wohl bescheiden bleiben wird[64)].

---

64 gl.M. Fehr S. 43

§ 9 Die Stellung des Berufungsbeklagten

I. Grundsätzliches

Der Berufungskläger wird bei der Abwägung seiner prozessualen Aussichten sich dreierlei Möglichkeiten von Folgen seines Weiterzuges bewusst sein müssen: Das frühere Urteil kann zu seinen Gunsten geändert, es kann bestätigt, oder es kann zu seinen Ungunsten verändert werden. Die dritte Möglichkeit ist gemäss dem aus der Dispositionsmaxime hergeleiteten Verbot der reformatio in peius[1] vom Verhalten des Berufungsbeklagten abhängig.

Für diesen stellt sich im Grunde genommen die gleiche Situation mit den drei erwähnten Möglichkeiten, mit dem nicht unbedeutenden Unterschied allerdings, dass er gegebenenfalls zuwarten kann, wie sich der Prozessgegner verhält, d.h. ob überhaupt appelliert wird und welche Anträge gestellt werden. Will sich der Berufungsbeklagte[2] mit dem Urteil abfinden, weil er im erstinstanzlichen Verfahren sein Ziel (mehr oder weniger) erreicht hat, so wird er auf die Erklärung einer selbständigen Berufung verzichten, da er in der Regel[3] keine Besserstellung mehr erreichen kann. Er wird sich den gegnerischen Anträgen gegenüber dementsprechend

---

1) s. oben § 6 III.

2) Der Einfachheit halber wird diese Parteibezeichnung gewählt, obwohl streng genommen unmittelbar nach Urteilsfällung noch kein Rechtsmittel eingelegt worden ist bzw. dem 'Rechtsmittelbeklagten' noch nicht mitgeteilt worden ist.

3) Vgl. die Besonderheiten im Scheidungsprozess § 2 II/5 und § 10 B III.

rein defensiv verhalten; er ist auf die Beantragung um Abweisung der gegnerischen Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beschränkt.

Anders nun, wenn der Berufungsbeklagte seinerseits zur Offensive übergehen will. Dafür stehen ihm zwei prozessuale Formen zur Verfügung: Die selbständige Berufung und die Anschlussberufung. Die erste Variante interessiert hier nicht[4]. Die Anschlussberufung ermöglicht es dem Berufungsbeklagten, zu seinem eigenen Vorteil - und zu Ungunsten des Berufungsklägers - Anträge zu stellen. Er wird dies immer dann tun, wenn er vor erster Instanz zwar nicht ganz, aber doch zu einem nicht unerheblichen Teil unterlegen ist[5]. Anders als mit der selbständigen Berufung begibt sich der Berufungsbeklagte bei Gebrauch der Anschlussberufung in eine Abhängigkeit zum gegnerischen Rechtsmittel. Die Anschliessung ist kein Rechtsmittel[6]; sie unterliegt damit nicht den Voraussetzungen, die an die Einlegung der Berufung geknüpft sind. Die Abhängigkeit der Anschlussberufung kommt dadurch zum Ausdruck, dass sie von Bestand und Dauer der gegnerischen Berufung unmittelbar betroffen wird.

---

4) Voraussetzungen und Wirkungen der Berufung bleiben dieselben, ob dieses Rechtsmittel nur von einer oder (seltener) von beiden Parteien erklärt wird. Lediglich die zeitliche Abfolge der Vorträge bzw. der Austausch der Rechtsschriften muss geregelt werden. Dabei kommt es nicht auf den Zeitpunkt der eingereichten Berufungserklärung an, sondern auf die vorinstanzliche Parteirolle; dem Kläger gebührt der erste Vortrag (§ 319 Abs. 2 aZPO; N. 2 zu § 264 ZPO Komm. Sträuli/Messmer).

5) Erfahrungsgemäss wird in der Regel nur diejenige Partei eine nochmalige Beurteilung der Streitsache verlangen, die mit ihren Anträgen vorinstanzlich ganz oder teilweise unterlegen ist.

6) Ricci S. 60, Müller S. 84; a.M. Birchmeier, N. 1 zu Art. 59 OG S. 222, Habscheid S. 443 f.; N. 1 zu § 266 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

Das Institut der Anschliessung an das gegnerische Rechtsmittel wurde geschaffen, um den Sieger, der sich sonst, wie die deutsche Doktrin sagt, 'mit dem Urteil beruhigt hätte',nicht wegen einer am letzten Tage eingereichten Berufung der Gegenpartei, auf die reine Verteidigungsfunktion zu beschränken, sondern ihm noch nach Ablauf der Berufungsfrist die Möglichkeit zu Verbesserungsbegehren zu eröffnen. Es soll also demjenigen, der dem Rechtsfrieden traut, kein Nachteil daraus erwachsen, dass er auf gleiche Ueberlegungen der Gegenpartei gebaut hat. Die Anschlussberufung erweist sich damit als wirksames Mittel zur Einschränkung leichtfertiger Berufungen, indem der potentielle Berufungskläger mit der eventuellen Aenderung zu seinen Ungunsten zu rechnen hat und sich so eher überlegen wird, ob er wegen eines eigentlich geringfügigen Nachteils die Berufung erklären soll[7].

II. Die Anschlussberufung

A. Allgemeine Voraussetzungen

Die Voraussetzungen für Berufung und Anschlussberufung brauchen und können nicht dieselben sein[8]. Es zeigt sich, dass die Stellung des Beklagten graduellen Kriterien unterworfen ist. Als Berufungsbeklagter ist er aufgrund der gegnerischen Handlungsweise automatisch ins Verfahren einbezogen, d.h. er

---

7) Lauber S. 205 f.; Ricci (a.a.O. S. 5) spricht auch davon, dass sich ein Rechtsmittelbeklagter aus prozesstaktischen Gründen ans gegnerische Rechtsmittel anschliesst, um dessen Rückzug zu veranlassen.

8) So ist beispielsweise der Kostenpunkt allein nicht mit der Berufung, wohl aber mit der Anschlussberufung anfechtbar (Leuch, N. 1 zu Art. 334 und N. 2 zu Art. 340 ZPO-BE) - Keine Anschlussberufung nur hinsichtlich der Kosten vor Bundesgericht (Birchmeier, N. 4 zu Art. 59 OG S. 225 f.). Vgl. unten § 9 II D Anm. 42.

hat in der Regel gerade kein Interesse an der neuen Ueberprüfung und an der Fortdauer des Prozesses schlechthin.

Wichtigste Voraussetzung für die Anschlussberufung[9] ist der Umstand, dass eine Berufung von der Gegenseite erklärt worden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Berufung begründet ist; es genügt, dass sie form- und fristgerecht erfolgt ist[10]. Die Akzessorietät der Anschlussberufung an die Hauptberufung verlangt, dass diese weiterdauert, also noch nicht wieder zurückgezogen worden ist. Deren Rückzug hat ein Dahinfallen der Adhäsion zur Folge.

B. Besondere Voraussetzungen

1. Legitimation

Die Aktivlegitimation zur Anschlussberufung kommt dem Berufungsbeklagten zu; passiv legitimiert ist der Berufungskläger. Als Berufungsbeklagter ist nur derjenige anzusehen, der im Prozessrechtsverhältnis mit dem Appellanten steht; die Anschliessung kann sich nur richten auf das Prozessrechtsverhältnis, hinsichtlich dessen die Berufung ergriffen worden ist[11]. An die Berufung anschliessen kann sich demnach nur derjenige Streitgenosse, gegen den sich die gegnerische

---

9) Im folgenden wird auch der Begriff Anschliessung oder Adhäsion verwendet.

10) Die Bestimmung von § 266 Abs. 2 ZPO deutet allerdings darauf hin, dass eine Anschlussberufung auch auf eine unzulässige Berufung hin erfolgen kann, wenn nämlich der Berufungsbeklagte bereits nach Zustellung des Doppels der gegnerischen Berufungserklärung von der Adhäsion Gebrauch macht. Ebenso ist es denkbar, dass ein Nichteintretensentscheid gemäss § 263 ZPO erst gefasst wird, nachdem vom Berufungsbeklagten - auf Fristansetzung zur Berufungsbeantwortung hin - bereits Anträge im Sinne einer Anschliessung gestellt worden sind.

11) Weiss S. 116

Berufung richtet[12]. Ebenfalls wird bei passiver Streitgenossenschaft[13] nur derjenige von den einzelnen Streitgenossen betroffen werden können, der die Berufung erklärt hat.

Eine Partei hat sich - wie bereits erörtert - für die Hauptberufung oder für die Anschlussberufung zu entscheiden. Erklären beide Parteien die selbständige Berufung, so kann sich der Erstappellant nicht nachträglich, d.h. nach Bekanntwerden der gegnerischen Berufung, noch an das gegnerische Rechtsmittel anschliessen[14]. Dies wäre eine zweimalige Beanspruchung des Rechts zur Berufung und würde dem Sinn und Zweck der Adhäsion zuwiderlaufen. Die Kumulierung der beiden Rechtsbehelfe in der gleichen Prozesspartei ist nicht zulässig[15].

Aus den gleichen Ueberlegungen ist auch die Anschlussberufung an die gegnerische Anschlussberufung nicht angängig. Die unselbständige Anschliessung erlaubt das Stellen von offensiven Anträgen 'gewissermassen in letzter Minute', die nicht wiederum Grundlage für eine neuerliche Anschliessung bilden können[16]. Nicht zuletzt ist ein derart ausgeweitetes Berufungsrecht aus prozessökonomischen Gründen abzulehnen, wäre doch damit der Prozessverzögerung Tür und Tor geöffnet.

---

12) BGE 48 II 177 E. 1

13) Vgl. oben § 2 I 2 mit dem Vorbehalt hinsichtlich der Statusklagen.

14) BGE 62 II 47, 41 II 331 E. 2; a.M. Sträuli/Messmer,N. 3 zu § 266 ZPO.

15) Ricci S. 68

16) Weiss S. 120, Leuch, N. 3 zu Art. 340 ZPO-BE.

2. Die Beschwer

Da das Vorliegen einer Beschwer bei den Rechtsmitteln im allgemeinen eine unerlässliche Voraussetzung[17] bildet, könnte gefolgert werden, die Anschlussberufung, der der Charakter eines Rechtsmittels abgesprochen wird, bedürfe dieses Erfordernisses nicht. Dem ist aber nicht so.

Wird Beschwer als rechtliches Interesse an der Klage, d.h. als das Interesse an der Stellung eigener, über das angefochtene Dispositiv hinausgehender Anträge im Rechtsmittelverfahren (aufgrund erlittener Nachteile) verstanden, so leuchtet ohne weiteres ein, dass auch für die Anschlussberufung diese Voraussetzung erfüllt sein muss. Wer in erster Instanz alles zugesprochen erhält, was er verlangt, kann kein rechtliches Interesse mehr geltend machen, Anträge bezüglich einer Verschlechterung der gegnerischen Position stellen zu dürfen[18]. Es käme m.E. geradezu einer Schikane gleich, wenn der gänzlich obsiegenden Partei im reinen Vermögensprozess eine Ausnahme vom Beschwererfordernis zugebilligt würde. Es kann auf die andernorts[19] gemachten Ausführungen verwiesen werden, die mutatis mutandis auch für die Anschlussberufung gelten.

Der zürcherische Gesetzgeber hat sich über die einzelnen Voraussetzungen der Adhäsion nicht ausgesprochen[20]. Es ist

---

17) s. oben § 2 II.

18) In BGE 51 II 284 wurde die Anschlussberufung des Berufungsbeklagten mangels Beschwerung nicht zugelassen. Dieser bestritt die Aktivlegitimation des Klägers, dessen Klage vor kantonaler Rechtsmittelinstanz (aus anderen Gründen) abgewiesen worden war.

19) s. oben § 2 II.

20) Bemerkenswert ist auch, dass sich Haegi in seinem umfangreichen Werk nirgends über die Beschwer des Rechtsmittelbeklagten im Falle der Anschlussberufung äussert.

aber davon auszugehen, dass Anschlussberufungsanträge nur sinnvoll sein können, wenn sie ein Mehr gegenüber dem von der Gegenpartei angefochtenen Urteil verlangen können, mithin sich für den auf eine selbständige Berufung Verzichtenden eine Beschwerung ergeben muss. Auch in der deutschen Lehre wird das Erfordernis der Beschwer bejaht[21].

3. Anschlussberufung nach Verzicht oder Rückzug der eigenen Berufung

Im Gegensatz zur Berufung - und hier zeigt sich m.E. der fehlende Rechtsmittelcharakter der Anschlussberufung sehr deutlich - kann ein erklärter Verzicht auf Berufung der Adhäsion nicht entgegenstehen[22]. Schon im Verstreichenlassen der Berufungsfrist liegt ein (stillschweigender) Verzicht auf Berufung, ohne dass dies die Verwirkung einer späteren Anschliessung zur Folge hätte.

Die Möglichkeit der Anschlussberufung steht aber anderseits demjenigen nicht zu, der zunächst die Hauptberufung erklärt hat, diese in der Folge zurückzieht und sich der gegnerischen Berufung anschliessen möchte[23]. Unbestritten ist, dass die einmal erklärte Berufung nicht zurückgezogen werden kann, um - sei es auch innerhalb der Rechtsmittelfrist - wieder neu

---

21) Gilles S. 47; a.M. Rosenberg/Schwab S. 787; wobei allerdings zu bemerken ist, dass das deutsche Recht sowohl die unselbständige wie die selbständige Anschlussberufung kennt (§ 522 dt. ZPO). Für das schweizerische Recht eindeutig Weiss S. 117 und Birchmeier S. 222, verweisend auf Pra 2, 166 und BGE 51 II 284. Zweifelnd Ricci S.59; a.M. Lutz, N. 2 zu Art. 416 ZPO-SG.

22) N. 1 zu § 333 aZPO Komm. Sträuli/Hauser, Menzel S. 28 Anm. 48; Widmer S. 66, Steiner S. 50; zweifelnd Weiss S. 118; Rosenberg/Schwab § 139 IV 1. S. 787

23) Zu extensiv Müller S.87

eingebracht zu werden[24]. Gleiches muss für den Fall gelten, dass ein Berufungskläger - nach Bekanntwerden der selbständigen Berufung des Gegners - sich dem gegnerischen Rechtsmittel anschliessen möchte und deshalb seine Hauptberufung zurückzieht, um dem Verbot der doppelten Beanspruchung des Berufungsrechts zu entgehen[25]. Diese Situation haben wohl auch Sträuli/Messmer[26] im Auge, wenn sogar die Zulassung von Hauptberufung und Anschlussberufung nebeneinander, in der gleichen Prozesspartei vereinigt, als zulässig erklärt wird. Allein, diese Ansicht ist nicht haltbar[27], läuft doch das angeführte prozessuale Vorgehen auf eine verpönte Umgehung des obgenannten Verbots kumulierter Beanspruchung des Rechts auf Berufung hinaus.

C. Formelle Voraussetzungen

1. Frist

Der zürcherische Gesetzgeber hat für die Anschlussberufung keine gesetzliche[28] Frist statuiert. Dem Berufungsbeklagten

---

24) Guldener S. 500

25) Anders, wenn dem Berufungskläger erst nach Rückzug der eigenen Berufung vom Bestehen des gegnerischen Rechtsmittels Mitteilung gemacht wird. Dann ist er mit der Anschlussberufung noch zuzulassen (Leuch, N.1 zu Art. 334 ZPO-BE).

26) N. 3 zu § 266 ZPO.

27) Wird das Ergreifen und Zurückziehen von Rechtsmitteln als Ausfluss der Parteidisposition verstanden, so hat es mit dem einmal unmissverständlich festgelegten Parteiwillen sein Bewenden.

28) Vgl. dazu § 333 Abs. 1 aZPO, worin eine gesetzliche Frist von 10 Tagen ab Mitteilung der Berufungsbewilligung vorgesehen war (N. 3 zu § 333 aZPO Komm. Sträuli/Hauser).

wird zur Berufungsantwort eine richterliche, einmal erstreckbare Frist angesetzt, wobei er auf die Möglichkeit der Anschlussberufung aufmerksam gemacht wird[29]. Nach Fristablauf für die Erstattung der Berufungsantwort ist die Anschlussberufung nicht mehr zulässig.

Das Bundesrecht sieht eine gesetzliche Frist von 10 Tagen ab Mitteilung der gegnerischen Berufungsanträge vor[30]. Mit dieser Erklärung sind bereits die Abänderungsanträge zu stellen. Die Frist ist Notfrist und kann nicht verlängert werden.

2. Form

a) nach kantonalem Recht

Es bedarf keiner besonderen Rechtsschrift; die Anschlussberufung kann im Rahmen der Beantwortung der Berufungsbegründung erfolgen. Die ausdrückliche Bezeichnung als Anschlussberufung ist nicht gefordert[31]. Es genügt, wenn aus den gestellten Anträgen hervorgeht, dass mehr als bloss Abweisung der gegnerischen Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides verlangt wird. Anders als bei der Hauptberufung sind also die Anträge und deren Begründung gleich bei der Erklärung der Anschliessung vorzubringen. Angesichts der reichlich bemessenen Fristen drängt sich die Zweiteilung in Erklärung des Anfechtungswillens und erst nachträglicher, begründeter Antragstellung nicht auf.

---

29) § 265 ZPO.

30) Art. 59 OG.

31) Insofern ist eine Parallele zur Berufungserklärung festzustellen.

Einlegestelle der Anschlussberufung ist die Berufungsinstanz. Da die Adhäsion an die Voraussetzung des Bestandes einer gegnerischen Berufung geknüpft ist, welche bereits den Prozessstoff an die obere Instanz devolviert, ist das die zweckmässige Lösung[32]. Schon unter der Herrschaft von § 333 Abs. 2 aZPO war dies der Fall[33].

b) nach Bundesrecht

Das Bundesrecht hingegen kennt die Zweiteilung in Erklärung der Anschliessung mit Antragstellung einerseits und nachträglicher Begründung anderseits[34]. Die Formerfordernisse der Adhäsion sind die üblichen, bereits bei der Berufungserrung angeführten. Die geforderten Abänderungsanträge unterliegen sinngemäss den für die Hauptberufung massgebenden Vorschriften.

Einlegestelle ist das Bundesgericht. Auch im Verkehr zwischen kantonalen und eidgenössischen Gerichtsbehörden gilt der Grundsatz der Weiterleitung von Rechtsschriften, sofern diese lediglich an verfahrensrechtlich unwesentlichen Mängeln kranken. Die Gefahr, wegen unrichtig adressierten Rechtsmittelerklärungen unwiederbringliche Rechtsnachteile zu erleiden, ist allerdings nicht unerheblich, hängt doch der Erfolg

---

32) Im Falle einer unmittelbar nach erfolgter Mitteilung der gegnerischen Berufung vom Berufungsbeklagten erklärten Anschlussberufung an die Adresse der Vorinstanz wird diese die Eingabe nach dem Prinzip irrtümlich falsch zugestellter Parteierklärungen von Amtes wegen weiterleiten (vgl. oben § 3 I 2.).

33) Vgl. die Aufstellung der unterschiedlichen kantonalen Regelungen bei Ricci S. 65

34) Art. 59 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 3 OG.

einer Anschlussberufung möglicherweise vom guten Willen und der prompten Geschäftserledigung der kantonalen Amtsstelle ab[35].

D. Materieller Inhalt der Anschlussberufung

1. Keine Abhängigkeit der Abänderungsanträge von den Berufungsanträgen

Der Anschlussberufungskläger ist inhaltlich mit seinen Anträgen nicht auf die vom Berufungskläger angefochtenen Punkte des Urteils beschränkt[36]. Berufung und Anschlussberufung brauchen sich nicht auf dieselben oder zusammenhängende Ansprüche zu beziehen. Es ist also denkbar, dass die eine Partei die Berufung nur hinsichtlich der Hauptklage erklärt hat, während die andere Partei sich nur mit Bezug auf die Widerklage anschliessen will[37].

Eine Beschränkung des Anschliessungsrechts auf die vom Rechtsmittelkläger angefochtenen Punkte liesse sich nicht rechtfertigen, wird doch zunächst das mit der Hauptberufung weitergezogene Urteil als Ganzes Gegenstand der Neuüberprüfung. Nun ist zwar richtig, dass der Suspensiveffekt nach Eingang der Berufungsanträge umfangmässig eingeschränkt werden kann[38]. Es muss aber ohne weiteres unter den Berufungs-

---

35) Weiss S. 114. Vorbehalten bleibt das Gesuch um Wiederherstellung der Frist gemäss Art. 35 OG.

36) Anders die gesetzliche Bestimmung im Thurgauer Zivilprozess: § 290 ZPO verlangt ausdrücklich einen sachlichen Zusammenhang der entsprechenden Anträge.

37) Birchmeier (S. 225) mit zitierter bundesgerichtlicher Judikatur.

38) § 260 ZPO. Eine Rechtskraftbescheinigung darf erst nach Stellung von Berufungs- und Anschlussberufungsanträgen ausgestellt werden.

anträgen im Sinne von § 260 ZPO auch die Stellungnahme des Berufungsbeklagten verstanden werden, unabhängig davon, ob dieser nun die gegnerische Berufung lediglich beantworte oder mittels Anschlussberufung eigene Abänderungsanträge stelle[39].

Als weiteres Beispiel sei folgender Fall von objektiver Klagenhäufung[40] angeführt: Neben mehreren gutgeheissenen Ansprüchen des A gegen B ist ein einziger wegen Verjährung abgewiesen worden. B ergreift die Berufung hinsichtlich der gutgeheissenen Ansprüche. A schliesst sich der Berufung an, was natürlich nur in Bezug auf den abgewiesenen Anspruch möglich ist, da er hinsichtlich der andern nicht beschwert ist.

Anders als der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagte mit der Adhäsion die Möglichkeit, das angefochtene Urteil lediglich in Bezug auf das Kostendispositiv anzufechten. Dem Appellanten ist dies verwehrt, da für dieses beschränkte Ueberprüfungsbegehren in der Regel der Rekurs[41] offensteht. Der Berufungsbeklagte hingegen kann entsprechende Anträge stellen, da die gegnerische Berufung ohnehin kraft Devolutivwirkung die Neubeurteilung der ganzen Streitsache einschliesslich der Kosten- und Entschädigungsfolgen erlaubt[42].

---

39) N. 2 zu § 260 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

40) d.h. wenn der Kläger im gleichen Prozess mehrere Klagen gegen den Beklagten erhebt (Guldener S. 214).

41) § 271 Ziff. 4 ZPO.

42) Leuch, N. 3 zu Art. 340 ZPO-BE. Das gilt nicht für die bundesrechtliche Berufung, da das Kostendispositiv der kantonalen Berufungsinstanz nicht Bestandteil des Bundesrechts ist.

2. Novenrecht

In dieser Hinsicht gilt mutatis mutandis das bei den Anträgen des Berufungsklägers Ausgeführte[43]. Dem Berufungsbeklagten steht das Novenrecht[44] im gleichen Umfang wie der Gegenpartei zu, unabhängig davon, ob er die gegnerische Berufung beantwortet oder sich für die Anschliessung entscheidet.

E. Wirkungen der Anschlussberufung

Die Abhängigkeit der Anschlussberufung von der gegnerischen Hauptberufung wirkt sich dahin aus, dass bei Nichteintreten oder Rückzug der Berufung auch die Anschliessung dahinfällt[45]. Dauer und Fortbestand der Anschlussberufung sind also untrennbar mit dem Schicksal der Hauptberufung verknüpft[46].

Ist damit - mindestens teilweise - die Wirkung der Anschlussberufung von der Parteidisposition des Berufungsklägers abhängig, so gilt das nicht auch in umgekehrtem Sinne[47]. Der Berufungsbeklagte kann also bis zur Ausfällung des Urteils die Anschlussberufung zurückziehen, ohne dass dies Folgen für die Hauptberufung zeitigte. Die Streitsache wird dadurch

---

43) s. oben § 8 II.

44) Gemäss § 265 ZPO wird mit der richterlichen Fristansetzung der entsprechende Hinweis verbunden.

45) § 266 Abs. 2 ZPO. Die Regelung im zürcherischen Zivilprozess ist damit von der Bundesgesetzgebung beeinflusst worden und Art. 59 Abs. 4 OG nachgebildet worden.

46) s. oben § 9 II A. Vgl. immerhin Art. 345 Abs. 2 CPC-GE, wonach der Rückzug der Berufung nicht den Dahinfall der Anschliessung bewirkt.

47) Der moderne Zivilprozess kennt keine 'gemeinschaftliche' Appellation mehr, wie sie dem Gemeinen Recht noch eigen war. Danach war der Rückzug der Berufung nur im Einverständnis mit der Gegenpartei möglich (vgl. Lauber S. 205, Ricci S. 15 ff.).

lediglich wieder in den Stand zurückversetzt, in dem sie sich vor der Adhäsion befand. Die Berufungsinstanz hat nurmehr über die mit der Berufung verfolgten Ansprüche zu entscheiden.

Die Anschlussberufung kann sich lediglich noch hinsichtlich des Kostendispositivs auswirken[48]. So etwa dann, wenn von einer wesentlichen Mehrbelastung des Gerichts durch die mit der Anschlussberufung verfolgten Ansprüche - im Vergleich zu denjenigen der Hauptberufung - gesprochen werden kann[49].

Schliesslich hat die offensive Wirkung der Anschlussberufung Auswirkungen auf die Stellung des Berufungsklägers im Verfahren. Zu den Abänderungsanträgen des Prozessgegners muss dem Hauptappellanten Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werden. Er soll sich zu diesen Vorbringen, die allenfalls auch Noven enthalten können, ebenfalls schriftlich äussern können[50] [51]. Dies gebietet die Gleichbehandlung der Parteien.

---

48) Weiss S. 123. ZR 70 Nr. 32 E. 3 statuierte die generelle Kostenbefreiung des Anschlussappellanten für den Fall, dass die Hauptberufung zurückgezogen wird, bevor jener Gelegenheit hatte, seinen Prozessstandpunkt darzulegen, weshalb auch nicht von einer teilweise unterlegenen Partei gesprochen werden könne.

49) Zustimmend N. 7 zu § 64 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

50) § 266 Abs. 1 ZPO Satz 3. Auch das Bundesrecht kennt diese Verfahrensvorschrift (Art. 61 Abs. 4 OG).

51) Grundsätzlich ist für Replik und Duplik im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung vorgesehen (§ 268 ZPO). Doch wird das Gericht aus praktischen Ueberlegungen heraus mit Fristansetzung zur Beantwortung der Anschlussberufung gleichzeitig die Erstattung der Replik verlangen. Damit ist dann auch für die Duplik das schriftliche Verfahren gegeben, was etwas überspitzt formuliert dahin gedeutet werden kann, dass die Erhebung einer Anschlussberufung nicht nur bei umfangreichem Aktenmaterial die Schriftlichkeit des ganzen Berufungsverfahrens nach sich ziehen kann. Eine Ausnahme ist allerdings im Scheidungsprozess wegen der dort geforderten Unmittelbarkeit anzunehmen (vgl. N. 1 zu § 268 ZPO Komm. Sträuli/Messmer).

§ 10 Besonderheiten des Scheidungsprozesses im Berufungsverfahren

A. Grundsätzliches zum Antrag und seiner Begründung im Scheidungsprozess

Auf die Besonderheiten des Scheidungsverfahrens[1] ist schon wiederholt bei der Behandlung einzelner Themenkreise hingewiesen worden. Ausgangspunkt war die mit der Dispositionsmaxime zusammenhängende Bindung des Richters an die gestellten Parteianträge. Die Parteidisposition räumt den Parteien auch im Scheidungsprozess eine erhebliche Verfügungsfreiheit ein. Insbesondere darf nicht auf Scheidung entschieden werden, wenn bloss auf Trennung geklagt worden war. Ferner darf die vorinstanzlich ausgesprochene Scheidung im Berufungsverfahren nicht aufgehoben werden, wenn bloss die Nebenfolgen weitergezogen worden waren. Es ist bereits gesagt worden, dass Art. 158 Ziff. 3 ZGB die Parteien hinsichtlich des Umfanges ihrer Berufungsanträge nicht einschränkt. Auch im Scheidungsverfahren gilt primär die Verhandlungsmaxime, und die Offizialmaxime kommt nur in beschränktem Masse zur Anwendung[2].

---

1) Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf den Scheidungsprozess. Die allgemeinen Ausführungen haben - in entsprechender Analogie - auch für den Ehetrennungs- und den Ehenichtigkeitsprozess sowie für andere familien- und personenrechtliche Prozesse Gültigkeit, soweit diese von der Offizialmaxime beherrscht sind.

2) Bühler (ZSR S. 334 a) spricht von der eingeschränkten Offizialmaxime in favorem matrimonii. Sie bezieht sich nur auf die Beweisabnahme, mit Bezug auf die der Richter von den Erklärungen tatsächlicher Art und den Anträgen der Parteien unabhängig ist, und sie bezieht sich ausschliesslich auf diejenigen Tatsachen, die zur Begründung der Scheidungsklage dienen (a.a.O. S. 327 a).

Den Auswirkungen des Grundsatzes, dass die Auflösung der Ehe nicht ins Belieben der Ehegatten gestellt ist, sind wir schon bei der Behandlung der Beschwer begegnet[3]. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe verbietet beispielsweise, der Klageanerkennung im Scheidungs- oder Trennungsprozess vorbehaltlos Folge zu leisten[4]. Ein beidseitiges Scheidungsbegehren entbindet den Richter nicht von der Pflicht, sich vom Vorliegen eines gesetzlichen Scheidungsgrundes zu überzeugen. Es darf dann lediglich von der Ueberprüfung der Verschuldensfrage abgesehen werden[5].

Im Lichte des kantonalen Prozessrechts, in welches die bundesrechtliche Norm des Art. 158 ZGB eingreift, ist für das Berufungsverfahren zu prüfen, wieweit die eingeschränkte Offizialmaxime die prozessualen Interessen der Parteien beschlägt. So wird sich die Frage stellen, ob die erweiterte Ueberprüfungsbefugnis des Richters sich u.U. dahin auswirkt, dass der Berufungskläger mit dem Urteil der Rechtsmittelinstanz einen Nachteil gegenüber dem angefochtenen Entscheid erleidet; ob m.a.W. der Appellant eine ungünstigere Stellung (reformatio in peius) in Kauf nehmen müsse, obwohl dies vom Prozessgegner gar nicht beantragt worden war[6]. Die grundsätzliche Bindung des Richters an die Parteianträge ist damit nicht mehr gewährleistet.

Aus den dargestellten Prozessmaximen kann ferner das Obligatorium der kontradiktorischen Form des Scheidungsverfah-

---

3) s. oben § 2 II 5

4) so ausdrücklich § 617 dt. ZPO

5) statt vieler:Walder, Offizialmaxime S. 31

6) Ricci S. 51

rens abgeleitet werden. Mit zur Abklärung der materiellen Wahrheit und zur Würdigung der Klagetatsachen gehört, dass auch der beklagte Ehegatte zum klägerischen Begehren Stellung bezogen hat, oder dass ihm wenigstens dazu die Gelegenheit eröffnet worden ist. Der Richter kann die durch Art.158 Ziff. 1 und 3 ZGB vorgeschriebene Feststellung des Sachverhalts nur bei - wenn immer möglich - persönlicher Mitwirkung und Beteiligung der beiden Ehegatten[7] in rechtsgenügender Weise nachkommen. Die einlässliche persönliche Befragung stellt im Scheidungsprozess eines der wichtigsten Erkenntnismittel zur umfassenden Abklärung des Sachverhalts dar[8].

Die Offizialmaxime bewirkt, dass gegenüber dem beklagten Ehegatten keine Säumnisfolgen wegen Nichterscheinens oder Nichteinreichens schriftlicher Eingaben angedroht werden dürfen. Zwar hat auch dieser in den Formen der Prozessordnung und innerhalb der gesetzlichen oder richterlichen Fristen seinen prozessualen Pflichten nachzukommen. Der säumige Beklagte wird aber mit eigenen Parteivorträgen ausgeschlossen, was m.a.W. bedeutet, dass er die Befugnis zur Stellungnahme einbüsst und keine subjektiven Rechte mehr geltend machen kann, während das Gericht ungeachtet dieses

---

7) Vgl. Bühler (ZSR S. 353 a), der besonderen Wert auf das persönliche Erscheinen der Parteien und nicht nur jeweiligen Vertreter legt. Er hält die persönliche Mitwirkung der Parteien kraft Bundesrecht auch dann für gegeben, wenn das kantonale Verfahrensrecht dies nicht ausdrücklich vorsieht.

8) § 198 ZPO sieht die persönliche Befragung als Regel vor. Im Berufungsverfahren gilt dies gemäss § 268 Abs. 1 ZPO allerdings nur für Replik und Duplik; anders die bundesrechtliche Regelung von Art. 62 OG, die in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten ausdrücklich eine Parteiverhandlung vorsieht.

Umstandes von Amtes wegen zu ermitteln hat, ob sich der Tatbestand, wie ihn der Kläger zur Begründung seiner Klage vorbringt, verwirklicht habe[9].

Das Verbot der Anwendung von Säumnisfolgen gegenüber dem Beklagten im Scheidungsprozess ist grundsätzlich beschränkt auf das Verfahren vor erster Instanz. Allerdings soll der Beklagte, gegen den ein die Scheidung aussprechendes Säumnisurteil ergangen ist, nicht mittels Berufung alles das vorzubringen ermächtigt werden, was er - ordnungsgemäss peremptorisiert - vorinstanzlich anzuführen versäumt hat. Auch für das Scheidungsverfahren gilt das Prinzip der Zulässigkeit der Berufung gegenüber Kontumazialurteilen unter Ausschluss vom Novenrecht[10]. Der entsprechende Antrag des Berufungsklägers hat denn auch nur den bisherigen Prozessstoff und allenfalls die Rüge der ungerechtfertigten Peremptorisierung zum Inhalt[11]. Wird die Anwendung der Säumnisfolgen vom Berufungsgericht als unzulässig erklärt, so ist der Ausschluss vom Novenrecht nicht mehr haltbar[12].

B. Das Novenrecht im Scheidungsverfahren

I. Grundsatz

Es gelten zunächst die allgemeinen prozessualen Grundsätze des Novenrechts[13]. Neue Tatsachen, soweit sie zur Begrün-

---

9) Guldener S. 271

10) s. oben § 7 IV. Neue Vorbringen i.S. des § 115 ZPO sind vom Ausschluss nicht betroffen (§ 267 Abs. 3 ZPO).

11) N. 9 zu § 129 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

12) N. 13 zu § 267 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

13) s. oben § 8 II.

dung der im Berufungsverfahren gestellten Anträge dienen, haben sich im - sehr weitgehenden und liberalen[14] - Rahmen von § 267 ZPO zu bewegen. Für das Bundesrecht hingegen gilt das absolute Novenverbot gemäss Art. 55 lit. c OG.

Von eminenter Tragweite im Scheidungsverfahren[15] ist jedoch gegenüber den rein vermögensrechtlichen Verfahren die unterschiedliche Behandlung von Berufungsanträgen, mit welchen neue Ansprüche geltend gemacht werden; sei es, dass es sich um eigentliche - schon äusserlich erkennbare - neue Begehren handelt, oder um solche Berufungsanträge, die bereits gestellte und aufrechterhaltene Begehren gestützt auf einen neuen, d.h. vom bisher angeführten Lebensvorgang verschiedenen betreffen. Es geht m.a.W. um die Frage der Zulässigkeit von Klageänderung und Widerklage in zweiter Instanz. Klageänderung und Widerklage werden im Berufungsverfahren nach Massgabe des Novenrechts für zulässig erklärt (§ 200 ZPO).

II. Klageänderung

1. Aenderung des Rechtsbegehrens

Während die Umwandlung eines Scheidungsbegehrens in ein solches auf Trennung aufgrund der Dispositionsmaxime jederzeit[16] bis zur rechtskräftigen Entscheidung möglich ist, gilt es im umgekehrten Fall zu differenzieren. Geht es hier

---

14) Vgl. Walder, Handbuch S. 215

15) Vgl. in grundsätzlicher Hinsicht Grüebler S. 47 ff.

16) Ungeachtet kantonaler Novenfristen. Vgl. oben § 2 II 5.a). Auch der obsiegende Scheidungskläger gilt in favorem matrimonii als beschwert und kann umwandeln (Bühler, Komm. N. 13 zu Art. 143 ZGB; BGE 96 II. 67).

um eine Einschränkung, so handelt es sich dort um eine Erweiterung des Rechtsbegehrens.

Der Uebergang von der Trennungs- zur Scheidungsklage wirft dann keine Probleme auf, wenn nach Anhebung der Trennungsklage Tatsachen eintreten oder dem klagenden Ehegatten bekannt werden, die dessen Entscheidung für eine Trennungs- oder Scheidungsklage objektiv zu beeinflussen geeignet sind[17]. Im zürcherischen Recht sind seit der Revision die zeitlichen Schranken dieser Umwandlung eindeutig fixiert, d.h. vom Novenrecht abhängig gemacht worden[18]. Diese Abhängigkeit bedeutet nichts anderes, als dass ein blosser Gesinnungswechsel des Klägers ohne objektiv neue Tatsachen für eine zweitinstanzliche Klageänderung nicht genügen soll[19].

M.E. wird sich diese Frage in der Praxis allerdings immer seltener stellen, da allgemein Trennungsklagen nicht gerade häufig eingeleitet werden und zudem diese meist von ausländischen Staatsangehörigen stammen, deren Heimatrecht eine Scheidung ohnehin verbietet.

---

17) Bühler Komm. N. 18 zu Art. 143 ZGB.

18) Vgl. ZR 65 Nr. 131 und ZR 64 Nr. 8 = Nr. 128. Eine Praxis, die sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen konnte!

19) Bühler Komm. N. 18 zu Art. 143 ZGB; man kann sich allerdings fragen, ob der Richter nicht in Anwendung von Art. 146 Abs. 2 und 3 ZGB den prozessualen Formvorschriften dann nicht unbedingt strengste Nachachtung verschaffen muss, wenn er sich davon überzeugt hat, dass keine Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten besteht (gl. Meinung Grüebler S. 71, Hinderling S. 220).

2. Aenderung des Klagegrundes

Von einer Klageänderung kann immer dann gesprochen werden, wenn der Sachverhalt, auf den sich das Rechtsbegehren[20] stützt, in seiner tatbeständlichen Grundlage verändert wird. Es ist auch hier auf die grundlegende Bedeutung der Beschwer hinzuweisen, die in der Regel eine Berufung zum ausschliesslichen Zweck der Aenderung des Scheidungsgrundes ausschliesst[21]. Eine zweitinstanzliche Veränderung des klagebegründenden Lebensvorganges ist zudem nur dann möglich, wenn der Scheidungspunkt noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, unabhängig davon, welche Partei die Berufung erklärt hat[22].

Die Möglichkeit der Klageänderung im Berufungsverfahren wird aufgrund der eminenten Tragweite des neuen § 51 Abs. 2 ZPO auch nur dann richtig auszuschöpfen sein, wenn der Kläger erstinstanzlich mindestens teilweise obsiegt hat und im Berufungsverfahren als Appellat 'beschwer-befreit'[23] auftreten kann. Hinsichtlich der Zweckmässigkeit bzw. Notwendigkeit neuen Vorbringens kann er die Berufungsbegründung des Gegners abwarten und hat einzig die zeitlichen Schranken des § 264 ZPO (in Verbindung mit § 267 ZPO) zu beachten.

3. Aenderung der Stellungnahme des Beklagten

§ 200 ZPO erlaubt sinngemäss auch die Abänderung der Stellungnahme des Beklagten im Berufungsverfahren. Der Gesetzes-

---

20) Die Subsumierung des relevanten Sachverhalts unter den zutreffenden gesetzlichen Scheidungsgrund ist eine Frage der richterlichen Rechtsanwendung. Vgl. oben § 6 II.

21) s. oben § 2 II 5 b).

22) N. 18 zu § 200 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

23) d.h. keinen Zulässigkeitsvorschriften unterworfen ist.

wortlaut spricht allerdings nur von Klageänderung; die Auslegung[24] rechtfertigt sich einerseits aus dem Umstand heraus, dass für die prozessuale Stellungnahme des Beklagten - gegenüber der Klage der Gegenpartei - weniger strenge Formvorschriften gelten und entsprechend e maiore minus sich auch für ihn eine analoge Berechtigung ergeben muss. Anderseits gebietet es die Waffengleichheit bzw. das Prinzip der Gleichbehandlung der Parteien, auch der beklagten Partei eine Veränderung ihrer Stellungnahme im Rahmen des Novenrechts einzuräumen.

Namentlich von Bedeutung ist die Zustimmungserklärung des Beklagten gemäss Art. 142 Abs. 2 ZPO. Bundesrechtlich ist eine entsprechende Erklärung unverbindlich und kann trotz vertraglicher Zusicherung widerrufen werden[25]. Zeitlich ist diese Zustimmung des Beklagten zur Klage unabhängig von den kantonalrechtlich bestimmten Grenzen der Zulässigkeit neuen Vorbringens vor zweiter Instanz, sofern nur der Scheidungspunkt noch nicht rechtskräftig geworden ist[26].

Anders verhält es sich mit dem Widerruf dieser Zustimmungserklärung, welcher nur innerhalb der zeitlichen Schranken von § 267 ZPO zugelassen wird. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass oftmals diese Frage schon bei Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen entschieden wird. So bleibt dem bisher der Klage zustimmenden Beklagten die selbständige

---

24) N. 21 zu § 200 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

25) Bühler Komm. N. 139 zu Art. 142 ZGB.

26) BGE 84 II 335. Die Zustimmung bedeutet nach konstanter Praxis nichts anderes als den Verzicht auf Verschuldensabklärung (Hinderling S. 50).

Berufung[27] mangels Beschwer versagt, wenn er nun - mit dem Widerruf - die Abweisung der Klage beantragt. Ist auch kantonalrechtlich der Begriff der Beschwer im Scheidungsverfahren vom Bundesrecht beherrscht, so kann das nur heissen, dass die bisherige, dem Beklagten weit entgegenkommende zürcherische Praxis vermehrt auf konkrete Angaben eines Gesinnungswandels im Sinne von neuen inneren Tatsachen[28] abzustellen hat[29].

III. Die Widerklage

Die Zulässigkeit der Widerklage[30] im Scheidungsverfahren vor zweiter Instanz war lange umstritten, ist aber heute nicht mehr zweifelhaft und allgemein anerkannt[31]. Die Begründung ergibt sich nicht etwa aus der Offizialmaxime,

---

27) Mindestens gilt dies für die bundesrechtliche Berufung (BGE 94 II 209). In diesem Entscheid erklärte das Bundesgericht die Berufungsklägerin als nicht beschwert, anstatt Nichteintreten lediglich wegen Verletzung von Art. 55 lit. c OG (Novenverbot) zu beschliessen. Vgl. die berechtigte Kritik an dieser - gemessen an der Behandlung des Rückzugs der Scheidungsklage und der Umwandlung der Scheidungs- in die Trennungsklage - inkonsequenten Praxis des Bundesgerichts bei Sträuli/Messmer, N. 22 zu § 200 ZPO.

28) Die Schwierigkeiten, die sich bei der nun zwingend angeordneten Schriftlichkeit der ersten Berufungsvorträge gemäss §§ 264 und 265 ZPO ergeben, sind nicht zu verkennen. Die sich aus der (früheren) Mündlichkeit ergebende Unmittelbarkeit war jedenfalls eher geeignet, dem Richter die neuen inneren Tatsachen eines deutlichen Gesinnungswandels der Parteien vor Augen zu führen.

29) ZR 64 Nr. 128 und neuerdings ZR 72 Nr. 26

30) Vgl. die grundlegenden Ausführungen zu Lehre und Praxis bei Koenig S. 73 ff.; ebenso Grüebler S. 75 ff.

31) Die Notwendigkeit der unbeschränkten Zulassung ist vom materiellen Bundesrecht gefordert. Bühler Komm. N. 28 ff. zu Art. 143 ZGB.

sondern aus der Gefahr des Rechtsverlustes, der Prozessökonomie und der Rechtsgleichheit[32]. Gleichwohl ist die Erhebung der zweitinstanzlichen Widerklage gewissen prozessualen Schranken unterworfen, um nicht einer Verwilderung des Verfahrens Vorschub zu leisten. Selbstverständliche Voraussetzung ist, analog zur Klageänderung, dass der Scheidungspunkt noch Gegenstand des Verfahrens ist.

1. Abhängigkeit von der Beschwer, wenn der Berufungskläger die Widerklage erhebt

a) bei Abweisung der erstinstanzlichen Hauptklage

Wegen Fehlens der formellen Beschwer tritt die Berufungsinstanz auf eine zur erstmaligen Erhebung der Widerklage erklärte Berufung des beklagten Ehegatten nicht ein, obwohl dieser dem gegnerischen Begehren nicht zugestimmt hatte. Eine Ausnahme, die ein Absehen vom Erfordernis der formellen Beschwer - etwa im Sinne des Prinzips in favorem matrimonii - rechtfertigen würde, liegt hier nicht vor[33].

Fraglich ist nun, ob die Geltendmachung von neuen Tatsachen, die nach dem angefochtenen Urteil eingetreten sind, an dieser Zulässigkeitspraxis etwas zu ändern vermöchten. Dies ist zutreffend verneint worden, da bei Abweisung der gegnerischen Scheidungsklage dem Beklagten kein unzumutbarer Aufwand daraus entsteht, nach rechtskräftiger Abweisung der Klage seinerseits ordnungsgemäss auf Scheidung zu klagen[34].

---

32) Koenig S. 76 f.
33) s. oben § 2 II 5 c)
34) Bühler Komm. N. 31 zu Art. 143 ZGB; ZR 69 Nr. 33 E. 2. Materiell-rechtlich betrachtet spielt sicher auch der Gedanke mit hinein, dass nach rechtskräftiger Abweisung der Scheidungsklage zwischen den Ehegatten eine Besinnungspause eintreten kann; immer vorausgesetzt, sie hätten sich durch das Verfahren noch nicht zu sehr auseinandergelebt.

b) bei Gutheissung der erstinstanzlichen Hauptklage

Eindeutig zu bejahen ist die Frage nach der Beschwer im Falle des Beklagten, der sich der Klage vorinstanzlich widersetzt hat. Er ist eindeutig formell beschwert. Mit der zulässigen Berufung ist er somit berechtigt, vom Novenrecht Gebrauch zu machen und seine Anträge auch mit der Erhebung einer Widerklage zu verbinden[35]. Die Befürwortung der Widerklage versteht sich hier aus dem eingangs erwähnten Grundsatz des unzumutbaren Rechtsverlustes, den die beklagte Partei mit ihrem (allenfalls) besser begründeten Scheidungsanspruch erleiden würde.

Die in § 267 ZPO getroffene Regelung über die zeitliche Beschränkung der zweitinstanzlichen Widerklage ist eindeutig und unmissverständlich[36]. Eine Ausnahme liesse sich nur unter den Voraussetzungen von § 115 ZPO rechtfertigen.

Schwierigkeiten bereitet hingegen die Frage, wie es mit der Zulässigkeit der Widerklage des beklagten Ehegatten stehe, der erstinstanzlich der Klage zugestimmt hat.

Grundsätzlich steht fest, dass er durch das Urteil formell nicht beschwert ist[37]. Es ist von der Praxis entschieden worden, dass die Geltendmachung neuer Tatsachen das Absehen vom Beschwererfordernis erlauben[38]. Allerdings muss es sich

---

35) Dies galt bereits nach der Praxis zum alten Recht (ZR 68 Nr. 115), wobei die zeitliche Schranke der sog. Novenfrist von § 317 aZPO zu beachten war.

36) Ohne dass bei Fristansetzung zu den entsprechenden Berufungsvorschriften speziell auf § 200 ZPO hinzuweisen wäre.

37) Materiell sind Kläger und Beklagter bzw. Widerkläger dann beschwert, wenn das Urteil nicht auf den der Klage und der entsprechenden gegnerischen Zustimmung zugrundegelegten Scheidungsgrund lautete (ZR 58 Nr. 137).

38) N. 11 zu § 200 ZPO Komm. Sträuli/Messmer.

dabei um erhebliche neue Tatsachen handeln, die den radikalen Gesinnungswechsel des Ehegatten als erklärbar erscheinen lassen. In noch stärkerem Masse als im Falle der zweitinstanzlichen Umwandlung eines klägerischen Trennungs- in ein Scheidungsbegehren muss gelten, dass der Beklagte schwerwiegende neue oder ihm erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens bekanntgewordene Umstände anzuführen hat, um überhaupt als materiell beschwert zu gelten.

Als neue Tatsache wird etwa ein nach Erlass des erstinstanzlichen Trennungsurteils von beiden Seiten gestelltes Scheidungsbegehren gewürdigt[39]. Denkbar ist im übrigen ein im besonderen Masse kränkendes oder verletzendes Verhalten oder ein Ehebruch des andern Ehegatten, der ein nachträgliches Entstehen eines eigenen Scheidungsanspruches des beklagten Ehegatten verständlich macht. Derart erhebliche Tatsachen haben Lehre und Praxis veranlasst, dem beklagten Ehegatten zweitinstanzlich die Möglichkeit der Widerklage zu gewähren, damit er nicht seines allenfalls besser begründeten Scheidungsanspruches verlustig gehe[40].

Im Trennungsprozess verliert zwar der Beklagte keinen eigenen Scheidungsanspruch. Grundsätzlich wäre also auf eine vom nicht beschwerten Trennungsbeklagten zum Zwecke der Widerklage auf Scheidung erhobene Berufung nicht einzutreten. Gleichwohl wurde in einem Entscheid der I. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts aus dem Jahre 1970[41] die zweitinstanzliche Widerklage auf Scheidung nach erstinstanzlichem Trennungsurteil

---

39) ZR 58 Nr. 171, ZR 65 Nr. 131, ZR 71 Nr. 106

40) Statt vieler: Guldener S. 566 f., Hinderling S. 221

41) Zitiert bei Koenig S. 85

zugelassen. Der Beklagte und Berufungskläger konnte sich auf gewichtige Nova stützen, d.h. er berief sich auf ehebrecherische Beziehungen der Klägerin nach erstinstanzlicher Urteilsfällung. Die Rechtsmittelinstanz schützte die Widerklage und schied die Ehe gestützt auf Art. 137 und Art. 142 ZGB.

2. Keine Abhängigkeit von der Beschwer, wenn der Berufungsbeklagte die Widerklage erhebt

Keine besonderen Fragen wirft die vom Berufungsbeklagten erhobene Widerklage auf. Einzige Voraussetzung bildet die zulässige Berufung der Gegenpartei. Der Widerkläger braucht diesfalls nicht beschwert zu sein; es genügt, dass er nicht seines Novenrechts im Sinne von § 267 ZPO verlustig gegangen ist. Die Erhebung hat somit im Rahmen der Berufungsantwort zu erfolgen; die Erklärung einer Anschlussberufung ist nicht erforderlich[42].

---

42) Koenig S. 86

Lebenslauf

Am 19. April 1945 wurde ich in Zürich geboren, wo ich die Primarschule und das Gymnasium besuchte. Nach der Maturitätsprüfung im Herbst 1965 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. 1971 promovierte ich zum Lizentiaten beider Rechte und hielt mich anschliessend zur sprachlichen Ausbildung in Frankreich und Spanien auf. 1972 - 1975 war ich am Bezirksgericht Winterthur als Auditor und Substitut tätig. 1975 erwarb ich das Rechtsanwaltspatent und wurde im Herbst des gleichen Jahres Obergerichtssekretär, zunächst an den Strafkammern und später an der II. Zivilkammer. Seit Mitte 1977 arbeite ich als Steuerkommissär in einer Branchenabteilung des Kantonalen Steueramtes. Im Dezember 1978 schloss ich meine Studien mit den mündlichen Doktorprüfungen ab.